Die Vorstrafenerörterung in der Hauptverhandlung unter besonderer Berücksichtigung der Rehabilitation

von

Franz-Egon Humborg

1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547227_0032

Die Vorstrafenerörterung in der Hauptverhandlung unter besonderer Berücksichtigung der Rehabilitation

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Franz-Egon Humborg
aus Münster (Westf.)

1964

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Karl Peters

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Walter Stree

Dekan: Prof. Dr. Wolfgang Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Mai 1964

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

Einleitung: Gegenstand und Ziel der Abhandlung S. 1

Erster Hauptteil: Vorstrafe und Rehabilitation 4

I. Die Vorstrafe und ihre Bedeutung 4

A. Der Begriff der Vorstrafe und ihrer verschiedenen Arten 4

1. Die Vorstrafe 4

2. Die verschiedenen Arten der Vorstrafen, insbesondere die einschlägige Vorstrafe 8

B. Die Folgen der Vorstrafe 10

1. Die sozialen Folgen 10

2. Die verwaltungsrechtlichen Folgen 12

3. Die gesetzlichen Folgen 13

C. Die Bedeutung der Vorstrafe in einem neuerlichen Strafverfahren 14

1. Die strafrechtliche Bedeutung der Vorstrafe 14

a) Die Vorstrafe als Tatbestandsmerkmal oder als tatbestandsausfüllende Tatsache bei den sog. Vorstrafendelikten 14

b) Die Vorstrafe als Rückfallvoraussetzung 17

c) Die Vorstrafe als formelle Voraussetzung der allgemeinen Strafschärfungsvorschrift des § 20a Abs.1 StGB 18

d) Die Vorstrafe als allgemeiner Strafzumessungsgrund 20

e) Die Vorstrafe als Beurteilungsgrund für die Anordnung von Maßregeln der Sicherung und Besserung 24

f) Die Vorstrafe als Hinderungsgrund für die Anordnung einer Strafaussetzung zur Bewährung 25

2. Die strafprozessuale Bedeutung der Vorstrafe 25

a) Die Vorstrafe als Prozeßhindernis 25

b) Die Vorstrafe als entlastende Beweistatsache 26

c) Die Vorstrafe als Indiz zur Überführung des Angeklagten 27

d) Die Vorstrafe als Indiz zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen S. 30
e) Die Vorstrafe als Ursache eines Vereidigungsverbotes 31
II. Die Rehabilitation 32
A. Der Begriff der Rehabilitation 32
B. Die gesetzliche Regelung der Rehabilitation 33

Zweiter Hauptteil: Die Vorstrafenfeststellung und Vorstrafenerörterung in der Hauptverhandlung unter besonderer Berücksichtigung des Rehabilitationsgedankens 37
I. Der Angeklagte und seine Vorstrafen 38
A. Zulässigkeit der Vorstrafenerörterung 39
1. Im allgemeinen 39
2. Im besonderen 41
a) Die Vorstrafe, deretwegen ein Wiederaufnahmeverfahren läuft oder beantragt ist 41
b) Die Vorstrafe, die auf einer nachträglich aufgehobenen Strafvorschrift beruht 43
c) Die erlassene Vorstrafe 43
d) Die Vorstrafe, über die nur beschränkt Auskunft erteilt wird 44
e) Die getilgte oder tilgungsreife Vorstrafe 45
f) Die Vorstrafe, deren Tilgungsreife im Laufe des Prozesses eintritt 56
g) Die Vorstrafe, deren Tilgung als versehentlich unterblieben erscheint 58
h) Die Vorstrafe, deren Tilgung als versehentlich erfolgt erscheint 59
i) Die Vorstrafe, deren Strafmakel durch Richterspruch als beseitigt erklärt worden ist 60
j) Die nichtregisterpflichtige Vorstrafe (sog. Bagatellstrafe) 60
B. Zeitpunkt der Vorstrafenerörterung 62
C. Prozessuale Möglichkeiten der Vorstrafenfeststellung 66
1. Befragung des Angeklagten 66

2. Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG S. 67
3. Verlesung eines Strafregisterauszuges 69
4. Verlesung eines Auszuges aus der Verkehrssünderkartei 71
5. Verlesung eines Strafurteils 72
6. Vernehmung eines Zeugen 73
7. Sonstige Beweismittel (fernmündliche Auskunft, Personalakteneinsicht u.ä.) 74
D. Frage- und Antragsrecht der Prozeßbeteiligten bei der Vorstrafenerörterung 76
1. Der Vorsitzende des Gerichts 76
2. Die beisitzenden Berufsrichter 77
3. Die Schöffen oder Geschworenen 78
4. Der Vertreter der Staatsanwaltschaft 78
5. Der Privat- oder Nebenkläger 79
6. Der Sachverständige 80
7. Der Zeuge 80
8. Der Verteidiger 81
9. Der Beistand 82
10. Der Mitangeklagte 82
11. Der Angeklagte 82
E. Abwehrrechte des Angeklagten gegen die Vorstrafenfeststellung und bei der Vorstrafenerörterung 83
1. Schweigerecht 83
2. Antrag auf Ablehnung eines Richters 84
3. Beanstandung einer Anordnung des Vorsitzenden (§ 238 Abs.2 StPO) 89
4. Beanstandung einer Frage als unzulässig (§ 242 StPO) 91
5. Antrag auf Ablehnung eines Beweisantrages 92
6. Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit 93
a) Ausschließungsgründe des GVG 94
b) Art.6 Abs.1 S.2 MRK 96
7. Rechtsmittel 102

II. Der Zeuge und seine Vorstrafen S. 105
A. Zulässigkeit der Vorstrafenerörterung 105
1. Im allgemeinen 105
a) Notwendige Feststellung der Vorstrafen gemäß § 68a Abs.2 StPO 105
aa) Eidesunfähigkeit des Zeugen (§ 60 Nr.2 StPO) 106
bb) Vereidigungsverbot der Täterschaft, Beteiligung etc. des Zeugen (§ 60 Nr.3 StPO) 109
cc) Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen 110
b) Unerläßliche Feststellung der Vorstrafen gemäß §§ 244 Abs.2, 69, 68a Abs.1 StPO 113
2. Im besonderen 115
a) Die getilgte oder tilgungsreife Vorstrafe 115
b) Die nichtregisterpflichtige Vorstrafe (sog. Bagatellstrafe) 117
c) Die Vorstrafe, über die nur beschränkt Auskunft erteilt wird 118
B. Zeitpunkt der Vorstrafenerörterung 118
C. Prozessuale Möglichkeiten der Vorstrafenfeststellung 119
D. Frage- und Antragsrecht der Prozeßbeteiligten bei der Vorstrafenerörterung 121
E. Abwehrrechte gegen die Vorstrafenfeststellung und bei der Vorstrafenerörterung 124
1. Abwehrrechte des Zeugen 124
a) Aussageverweigerungsrecht 125
b) Beanstandung einer Anordnung des Vorsitzenden (§ 238 Abs.2 StPO) 126
c) Beanstandung einer Frage als unzulässig (§ 242 StPO) 128
d) "Schweigerecht" 128
e) Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit 129
f) Rechtsmittel 132
2. Abwehrrechte der übrigen Prozeßbeteiligten 136

III. Der Sachverständige und seine Vorstrafen S. 137
A. Zulässigkeit der Vorstrafenerörterung 137
B. Rechte des Sachverständigen 139
C. Ablehnung des Sachverständigen 140
IV. Der Richter und seine Vorstrafen 140
A. Der Berufsrichter 140
B. Der Laienrichter 141
V. Der Staatsanwalt und seine Vorstrafen 143
VI. Der Privatkläger und seine Vorstrafen 145
VII. Der Nebenkläger und seine Vorstrafen 146

Zusammenfassung 147

A b k ü r z u n g e n

AktO	Aktenordnung
Alt.	Alternative
AO	Reichsabgabenordnung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis - Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
AT	Allgemeiner Teil
AufbewBest.	Bestimmungen über die Aufbewahrungsfristen für Akten, Register und Urkunden bei den Justizbehörden
BAnz	Bundesanzeiger
BB	Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BDO	Bundesdisziplinarordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BJagdG	Bundesjagdgesetz
BlGefängnk.	Blätter für Gefängniskunde
BStBl	Bundessteuerblatt (Teil I - III)
BT	Besonderer Teil

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Deutsche Beiträge	Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. September bis 2. Oktober 1957 (herausgegeben von Edmund Mezger, Hans-Heinrich Jescheck, Richard Lange; Berlin 1957) (Sonderheft der ZStW)
DJ	Deutsche Justiz
DJT.	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRpfl	Der deutsche Rechtspfleger
DStrZ	Deutsche Strafrechts-Zeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
GA	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet von Goltdammer
GaststättenG	Gaststättengesetz
GerS	Der Gerichtssaal
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
HESt	Sammlung höchstrichterlicher Entscheidungen in Strafsachen
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JMBl NRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KMR	Kleinknecht - Müller
LBG NRW	Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
LK	Leipziger Kommentar

LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LR	Löwe - Rosenberg, 21. Auflage, Erster Band, Lfg. 1 - 3 (§§ 1 - 373a StPO)
LR(20)	Löwe - Rosenberg, 20. Auflage, Erster Band
LR II	Löwe - Rosenberg, 20. Auflage, Zweiter Band
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MBlGerGefEntl.	Monatsblätter für Gerichtshilfe, Gefangenen- und Entlassenenfürsorge
MBlStraffErmh.	Monatsblätter für Straffälligenbetreuung und Ermittlungshilfe
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittIKV	Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung
MRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
MschrKrimPsych.	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
OLGE.StrProz.	Alsberg, Max: Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Band 1 - 3 (Mannheim, Berlin und Leipzig 1927 - 1928)
OLGRspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PrVerwBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGRspr.	Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	Das Recht im Amt
RiStV	Richtlinien für das Strafverfahren vom 1. August 1953 in der Fassung vom 1. Januar 1960
RJGG	Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6. November 1943
ROW	Recht in Ost und West
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwZfStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StGB	Strafgesetzbuch
StGB-E	Strafgesetzbuch-Entwurf
StPÄG	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes
StPO	Strafprozeßordnung
StRegVO	Strafregisterverordnung
StTilgG	Straftilgungsgesetz
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
UJ	Unsere Jugend
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
WaffG	Waffengesetz
WDO	Wehrdisziplinarordnung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZRpflBay	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Ackermann, Heinrich	Der Angeklagte und sein Richter in DRiZ 1958, 330ff.
Alsberg, Max	Vorschläge zur Reform der Strafprozeßordnung nebst Begründung in ZStW 50 (1930), 73ff.
	Anm. zum Urteil des RG v.6.2.1931 -1 D 29/31- in JW 1931, 2822f.
Alsberg, Max - Nüse, Karl-Heinz	Der Beweisantrag im Strafprozeß, 2. Auflage Köln - Berlin 1956
Amelunxen, Clemens	Die Stellung des Richters im künftigen Strafprozeß in DRiZ 1962, 188ff.
Baden, Manfred - von Mitzlaff, Hans-Jürgen	Wehrdisziplinarordnung, 5. Auflage Frankfurt am Main 1962
Bank, Bernhard	Zum Recht des Beamten auf Einsicht in die Personalakten in RiA 1962, 17ff.
Baumann, Jürgen	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage Bielefeld 1961
Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 27. Auflage München und Berlin 1963
Becker, Walter	Um die Zukunft des Strafregisters in: Die Polizei 1958, 67ff.
Beling, Ernst	Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts Berlin und Leipzig 1928
Bellavić, Hanns	Persönlichkeitsgutachten und Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung in Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, Heft 5 (Stuttgart 1962), S. 72ff.

Bennecke, Hans - Beling, Ernst	Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts Breslau 1900
Bepler	Die Erörterung der Vorstrafen des Angeklagten in der Hauptverhandlung in DR 1939, 763f.
Berkenkamp, Hubert	Gedanken und Vorschläge zur Neugestaltung des Vorstrafenrechts in ZAkDR 1938, 294ff.
Bethge, Helmut	Das Recht zur Befragung des Angeklagten in der Hauptverhandlung Diss. Hamburg 1954
Bindokat, Heinz	Zur Rückfallstrafe de lege ferenda in ZStW 71 (1959), 281ff.
Bockelmann, Paul	Studien zum Täterstrafrecht, 1. Teil Berlin 1939 (zit. Studien I) Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil Berlin 1940 (zit. Studien II) Öffentlichkeit und Strafrechtspflege in NJW 1960, 217ff.
Bohrer, Erich R.	Polizeiliche Führungslisten als Ergänzung des Strafregisters ? in NJW 1954, 1029
Bovensiepen, Rudolf	Einschränkung der Öffentlichkeit der erkennenden Strafgerichte ? in DStrZ 1916, 39ff.
Brandstetter, Elmar	Anm. zum Urteil des BGH v.23.11.1954 -2 StR 4/54- in JZ 1955, 171f.
Brandt, Arthur	Dürfen getilgte Strafen bei der Strafzumessung verwertet werden ? in JW 1927, 2686
Brangsch, Heinz	Vorleben und Vorstrafen des Angeklagten als Indizien im englischen Strafprozeß, Bonn 1953

Brauer, W.	Über die Rehabilitation Verurtheilter in GerS 9. Jgg., 2.Bd. (1857), S. 321ff.
Breithaupt, Walter	Die Verhandlungsleitung im Strafprozeß in DRiZ 1962, 47f.
Bremer, Heinz	Der Sachverständige Heidelberg 1963
Bruns, Hans-Jürgen	Die Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 42m StGB, § 111a StPO) in GA 1954, 161ff.
	Zum gegenwärtigen Stand der Strafzumessungslehre in NJW 1956, 241ff.
Bumke, Erwin	Rehabilitation in Stier-Somlo-Elster, Band IV, S. 774ff.
Bünemann, Wilhelm	Die Verwertung sowjetzonaler Urteile bei der Feststellung der Rückfallvoraussetzungen in NJW 1952, 1359ff.
Burchardi, Karl - Klempahn, Gerhard	Der Staatsanwalt und sein Arbeitsgebiet 2. Auflage Münster/Westf. 1956 (zit. Der Staatsanwalt)
	Strafregister, Führungszeugnis und Karteien 3. Auflage Münster/Westf. 1960 (zit. Strafregister)
Bussmann, Kurt	Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretionen zu schützen ? in Verhandlungen des 42. DJT. (Düsseldorf 1957) Band I (Gutachten), 1. Teil (Tübingen 1957), S. 1ff.
Claussen, H. R.	Tilgung von Disziplinarstrafen in ZBR 1961, 370ff.

Costa, H. L.	Anm. zum Urteil des BGH v.22.6.1954 -1 StR 451/53- in JR 1955, 68f.
	Anm. zum Urteil des BGH v.18.2.1955 -1 StR 711/54- in MDR 1955, 502
Creifelds, Carl	Anm. zum Urteil des VG Berlin (West) v.3.10. 1952 -VG I A 263/52- in NJW 1953, 718f.
	Straftilgung und Akteneinsicht in GA 1957, 257ff.
Dageförde, Otto	Die Frage nach strafgerichtlichen Verurteilungen, in: Soziale Praxis 1941, 737ff.
Dalcke, Albert	Strafrecht und Strafverfahren, 36. Auflage, neubearbeitet von Ernst Fuhrmann - Karl Schäfer Berlin 1955
Dalcke-Fuhrmann-Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren, begründet von A. Dalcke, 37. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage von Ernst Fuhrmann und Karl Schäfer, Berlin 1961
Dallinger, Wilhelm	Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen in MDR 1952, 16ff. in MDR 1954, 15ff. in MDR 1953, 146ff. in MDR 1954, 149ff.
Dallinger, Wilhelm - Lackner, Karl	Jugendgerichtsgesetz, Kommentar München und Berlin 1955
Delaquis, Ernst	Die Rehabilitation Verurteilter, Berlin 1906
	Die Rehabilitation im Strafrecht, Berlin 1907
	Die Rehabilitation in MittIKV 13 (1906), 145ff.
	Die Rehabilitation Verurteilter (Entgegnung) in MschrKrimPsych. 3 (1906/07), 357ff.
	Begriff und Wert der Rehabilitation in ZStW 27 (1907), 376ff.

(Delaquis, Ernst) Rehabilitation und Strafregister
in SchwZfStR 25 (1912), 99ff.

Rehabilitation, richterliches Fragerecht und Aussagepflicht betreffend Vorstrafen nach dem neuen schweizerischen Strafgesetz-Entwurf
in SchwZfStR 30 (1917), 59ff.

Döll — Tragweite der Tilgung eines Strafvermerks; § 5 Abs.2 RG.v.9.April 1920 über die beschränkte Auskunft aus dem Strafregister usw. (RGBl 507)
in ZRpflBay. 20 (1924), 39f.

Dürfen getilgte Strafen bei der Strafzumessung verwertet werden ?
in JW 1928, 392f.

Dörrbecker, Herwig — Die Strafschärfung nach § 20a StGB und die Strafe bei den Rückfalltaten
Diss. München 1961

Dreher, Eduard — Zur Systematik allgemeiner Strafschärfungsgründe, in GA 1953, 129ff.

Dünnebier, Hanns — Möglichkeiten der Rehabilitation durch strafregisterliche Maßnahmen
in JZ 1958, 713ff.

Dürwanger, Karl — Handbuch des Privatklagerechts, 2. Auflage
Darmstadt, Nürnberg-Düsseldorf-Berlin 1952

Echterhölter, Rudolf — Die europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung
in JZ 1955, 689ff.

Eckel — Die Bedeutung der Feststellung der Vorbestrafung und der Erörterung des Inhalts der Vorstrafenakten in der Hauptverhandlung
in DJ 1939, 1453ff.

Eckleben, Günther — Das Strafregisterwesen im Ausland
in Materialien zur Strafrechtsreform - Reform des Strafregisterrechts -, 10. Band, Teil I
(Bonn 1959)

Elster, Alexander - Lingemann, Heinrich	Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften Zweiter Band, Berlin und Leipzig 1936
Endemann, Helmut	Der vorbestrafte Arbeitnehmer in BB 1953, 266ff.
	Pflicht zur Offenbarung getilgter Vorstrafen in BB 1955, 509ff.
Engelhard, Herbert	Die Vernehmung des Angeklagten und die damit zusammenhängenden Probleme in ZStW 58 (1939), 335ff.
Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Erster Halbband, 15. Auflage Tübingen 1959
Erbs, Georg	Handkommentar zur Strafprozeßordnung mit Text des Gerichtsverfassungsgesetzes (Strafgerichtsbarkeit) in der ab 1. Oktober 1950 geltenden Fassung Frankfurt am Main und Köln 1953
Exner, Franz	Kriminalbiologie Hamburg 1939
Feisenberger, Albert	Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin und Leipzig 1926
Finkelnburg, Karl	Die Bestraften in Deutschland Berlin 1912
Fleischmann, Ludwig	Zur Problematik der beschränkten Auskunft aus dem Strafregister in JZ 1954, 147f.
Fränkel, Wolfgang	Anm. zum Urteil des BGH v.22.6.1954 -1 StR 451/53- in LM, Nr.2 zu StTilgG
Franzheim, Horst	Nochmals: Irrtum über Rückfallvoraussetzungen in NJW 1960, 2038f.

Friesenhahn, Ernst	Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen in Festschrift für Richard Thoma (Tübingen 1950), S. 21ff.
	Der internationale Schutz der Menschenrechte in: Schriftenreihe der Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung, Reihe C, Heft 6 (1960) (zit. Der internationale Schutz)
Fuchs, Herbert	Anm. zum Urteil des KG v.12.6.1926 -2 S 223/26- in JW 1926, 2776
Fuhrmann, Hans	Gehört zur Revisibilität eines Verfahrensverstoßes ein Gerichtsbeschluß ? in JR 1962, 321ff.
	Das Beanstandungsrecht des § 238 Abs.2 StPO - seine Bedeutung und seine Grenzen - in GA 1963, 65ff.
	Verwirkung des Rügerechts bei nicht beanstandeten Verfahrensverletzungen des Vorsitzenden (§ 238 Abs.2 StPO), in NJW 1963, 1230ff.
Fürst	Eine Lücke im Gesetz über die Tilgung von Strafvermerken in DStrZ 8 (1921), 355f.
Geck, W. K.	Anm. zum Bescheid des OVG Münster v.24.6.1955 -VI A 444/54- in DVBl 1956, 525ff.
Geier, Friedrich Wilhelm	Anm. zum Urteil des BGH v.29.9.1959 -1 StR 375/59- in LM, Nr.3 zu § 68a StPO
Gerland, Heinrich	Der deutsche Strafprozeß (zit. Strafprozeß) Mannheim - Berlin - Leipzig 1927
	Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Auflage Berlin und Leipzig 1932

(Gerland, Heinrich)	Die Sicherungsverwahrung des § 42e StGB und ihre Voraussetzungen in Festschrift für Rudolf Hübner (Jena 1935), S. 19ff.
Goldschmidt, James	Die Sachleitung des Vorsitzenden im Straf- und Zivilprozeß in JW 1929, 2684ff.
Golsong, Heribert	Das Rechtsschutzsystem der europäischen Menschenrechtskonvention Karlsruhe 1959
Gottwald, Wolfgang	Darf der Strafrichter getilgte Vorstrafen in einem späteren Strafverfahren noch berücksichtigen ? in JR 1950, 109ff.
Götz, Albrecht	Vorzeitige Anordnung von Strafregistervergünstigungen in NJW 1963, 1815ff.
Graehl	Zur Neugestaltung des Vorstrafenrechts in DJ 1939, 1392ff.
Graßberger, Roland	Die Strafzumessung, Wien 1932
	Psychologie des Strafverfahrens, Wien 1950
Grau, Fritz	Vorleben und Persönlichkeit des Beschuldigten als wichtige Grundlagen seiner Bestrafung in Roland Freisler: Beiträge zur Rechtserneuerung, Heft 4: Der Ehrenschutz im neuen deutschen Strafverfahren (Berlin 1937), S. 123ff.
	Die Bedeutung des Vorlebens des Angeklagten für den Schuldigspruch in DJ 1937, 1529ff.
Grau, Fritz - Schäfer, Karl	Das preußische Gnadenrecht Berlin 1931
Grethlein, Gerhard	Jugendgerichtsgesetz, Kommentar Berlin 1959

Groth, Gerhard	Der Urkundenbeweis im Strafprozeß Berlin 1937
Grünhut, Max	Der Schutz der Persönlichkeitssphäre im englischen und amerikanischen Recht in ZStW 74 (1962), 319ff.
Guradze, Heinz	Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht Göttingen 1956 (zit. Menschenrechte)
	Kann die Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte gestützt werden ? in DÖV 1961, 286ff.
	Anm. zum Urteil des AG Wiesbaden v.25.1.1963 -2 Ms 72/62- in NJW 1963, 965f.
Gürtner, Franz	Das Problem der Vorstrafenregistrierung in DJ 1939, 816ff.
Gutmann, Alexander	Die Aufklärungspflicht des Gerichts und der Beweiserhebungsanspruch der 'Parteien' im Strafprozeß in JuS 1962, 369ff.
Haag, F.	Das Vorstrafenrecht und Vorschläge zu seiner künftigen Gestaltung in DJ 1938, 103ff.
Hagemann, Max	Vorbestrafte in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 993ff.
Händel, Konrad	Nochmals: Berücksichtigung abgeurteilter Verkehrsübertretungen im Strafverfahren in NJW 1954, 1516f.
Hardwig, Werner	Die Persönlichkeit des Angeklagten im Strafprozeß in ZStW 66 (1954), 236ff.
Hartung, Fritz	Rückfallvoraussetzungen und Vorsatz in NJW 1950, 939f.

(Hartung, Fritz) Die materiellen Wirkungen der Tilgung von Strafvermerken
in JR 1952, 42ff.

Der Stand der Rehabilitationsfrage in Deutschland, in Festschrift für Edmund Mezger (München und Berlin 1954), S. 503ff.

Anm. zum Urteil des BGH v.22.6.1954 -1 StR 451/53- in NJW 1955, 393f.

Das Strafregister, 2. Auflage
München und Berlin 1963

Hegg, Hans-Rudolf Der Rückfall im Schweizerischen Strafgesetzbuch, Winterthur 1959

Heilberg Anm. zum Beschluß des KG v.29.9.1930 -26 W 141/30- in JW 1931, 1105

Heinitz, Ernst Die gesetzlichen, verwaltungsrechtlichen und sozialen Folgen der strafgerichtlichen Verurteilung
in: Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. September bis 2. Oktober 1957 (herausgegeben von Edmund Mezger, Hans-Heinrich Jescheck, Richard Lange; Berlin 1957) (Sonderheft der ZStW), S. 151ff.

Strafzumessung und Persönlichkeit
in ZStW 63 (1951), 57ff.

Hellmer, Joachim Verurteilung als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher
in NJW 1962, 2040ff.

Henkel, Heinrich Strafverfahrensrecht
Stuttgart und Köln 1953

Henrichs, Wilhelm Änderung der ZPO durch die Konvention von Rom?
in MDR 1955, 140ff.

(Henrichs, Wilhelm) Besprechung des Werkes von Heribert Golsong: Das Rechtsschutzsystem der europäischen Menschenrechtskonvention in NJW 1959, 1529f.

von Hentig, Hans Wiederaufnahmerecht Heidelberg 1930

Herlan, Wilhelm Aus der - nicht in der "Amtlichen Sammlung" veröffentlichten - Rechtsprechung des BGH zu den strafrechtlichen Nebengesetzen in GA 1961, 353ff.

Herzog, Roman Das Grundrecht auf Freiheit in der europäischen Menschenrechtskonvention in AÖR 86 (1961), 194ff.

Heuser Zur Reform des Strafregisterwesens in: Kriminalpolitische Gegenwartsfragen (herausgegeben vom Bundeskriminalamt Wiesbaden, 1959), S. 197ff.

Heyne, Moriz Deutsches Wörterbuch, Erster Band (A - G) Leipzig 1890

Hildenhagen, Ernst Die Rehabilitation Verurteilter in ZStW 27 (1907), 398ff.

von Hippel, Robert Der deutsche Strafprozeß Marburg 1941

Hirschberg, Max Das Fehlurteil im Strafprozeß Stuttgart 1960

Hobbing, R. Das JGG und der Strafmakel in UJ 1952, 237

Hodler, Christian Die Freiheit der Person nach der neuen Europäischen Menschenrechtskonvention in NJW 1953, 531f.

Hoegel, Hugo Die Rehabilitation in MschrKrimPsych. 3 (1906/07), 487ff.

(Hoegel, Hugo) Die allgemeinen Grundsätze des deutschen Strafgesetzvorentwurfes in SeuffBl 75 (1910), 189ff.

Hülle, Werner Wie kann der Richter einer falschen Aussage in einem Rechtsstreit oder der Verdächtigung einer solchen vorbeugen ? in DRiZ 1953, 89ff.

Huschka, Hubert Zur Verwertung von abgeurteilten Verkehrsübertretungen in einem neuen Strafverfahren in NJW 1954, 788f.

Jescheck, Hans-Heinrich Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in NJW 1954, 783ff.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen in GA 1956, 97ff.

Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform (zit. Das Menschenbild) in: Recht und Staat, Heft 198/199 (Tübingen 1957), S. 1ff.

Jessnitzer, Kurt Der gerichtliche Sachverständige, Köln 1963

Jülicher, Jakob Das Disziplinarrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln 1959

Kelz, Erich Strafregister in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 686ff.

Straftilgung in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 690ff.

Kern, Eduard Anm. zum Urteil des BGH v.23.5.1956 -6 StR 14/56- in JZ 1957, 186

Gerichtsverfassungsrecht, 3. Auflage München und Berlin 1959

Strafverfahrensrecht, 6. Auflage München und Berlin 1960

Kern, Ernst	Die Entwicklung des Bundesrechts im zweiten Halbjahr 1952 in DVBl 1953, 44ff.
Kisch, W.	Anm. zum Beschluß des KG v.7.11.1930 -26 W 178/30- in JW 1931, 1104
Klatt, Detloff	Das Los der Vorbestraften Berlin 1926
Klee, Karl	Die Bedeutung der Vorstrafen für den Schuldigspruch in ZAkDR 1937, 548ff.
Klein, Friedrich	Die europäische Menschenrechtskonvention und Artikel 25 des Bonner Grundgesetzes in Festschrift für Rudolf Laun (Göttingen 1962), S. 149ff.
Kleinknecht-Müller	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz von Theodor Kleinknecht und Hermann Müller, mitbegründet von Leonhard Reitberger, 5. Auflage, Darmstadt - Nürnberg - Düsseldorf - Berlin 1963
Klemer, Gerhard	Die Beseitigung des Strafmakels durch Richterspruch, in DJ 1943, 564ff.
Kohlhaas, Max	Die getilgte Vorstrafe und die Pflicht zu ihrer Offenbarung in der Hauptverhandlung in NJW 1953, 851f.
	Über die Wirkung der Straftilgung bei Jugendlichen. Kritik eines aufsehenerregenden Falles in UJ 1954, 24ff.
	Die Rehabilitierung Straffälliger in DRiZ 1957, 177ff.
Kohlrausch, Eduard	Strafrechtliche Tagesfragen IV. Rehabilitation in ZStW 41 (1920), 184ff.

(Kohlrausch, Eduard)	Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, 20. Auflage Berlin und Leipzig 1925
Kohlrausch, Eduard - Lange, Richard	Strafgesetzbuch, 43. Auflage Berlin 1961
Krebs, Albert	Probleme der Behandlung Rückfälliger in der Strafanstalt in ZStW 68 (1956), 198ff.
von Kries, August	Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts Freiburg i.B. 1892
Kugler, R.	Ist das Disziplinarrecht verfassungswidrig ? in ZBR 1960, 33ff.
Kunze, C.	Tilgung der Strafvermerke in Personalakten ? in ZBR 1959, 75f.
Lackner, Karl	Besprechung des VII. Internationalen Strafrechtskongresses in Athen, Thema III: Die gesetzlichen, verwaltungsrechtlichen und sozialen Folgen der strafgerichtlichen Verurteilung in ZStW 70 (1958), 144ff.
Lange, Richard	Nur eine Ordnungswidrigkeit ? in JZ 1957, 233ff.
	Zur Frage der Anerkennung von Strafurteilen der sowjetischen Besatzungszone in der Bundesrepublik in Jahrbuch des Ostrechts 1960, 9ff.
Lang-Hinrichsen, Dietrich	Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform in Verhandlungen des 43. DJT. (München 1960), Band I, 3. Teil, Heft B (Tübingen 1960), S.1ff.
Lechner, Hans	Bundesverfassungsgerichtsgesetz München und Berlin 1954

Lehmann, Rudolf	Die Arbeit der Dritten Sektion (Vorbeugung) des zehnten Internationalen Strafrechts- und Gefängniskongresses in Prag 1930 in ZStW 51 (1931), 549ff.
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 8.Aufl., herausgegeben von Heinrich Jagusch, Edmund Mezger, August Schaefer, Wolfhart Werner Erster Band, Berlin 1957 (zit. LK I) Zweiter Band, Berlin 1958 (zit. LK II)
Lenz, Harald	Die rechtliche Stellung des Vorbestraften Diss. Hamburg 1951
Liedke, Wilhelm Josef	Vorbestraft - Ein kritischer Beitrag zur Strafrechtsreform Frankfurt am Main 1956
Lieser, Karl-Theodor	Sowjetzonales Strafrecht und ordre public Frankfurt am Main und Berlin 1962
Lindgen, Erich	Löschung von Disziplinarstrafvermerken in DÖD 1962, 9ff. Entgegnungen zu den Bemerkungen Teichmanns und Schnupps in DÖD 1962, 188ff.
von Liszt, Franz	Anm. zum Urteil des RG v.14.11.1916 -V 500/16- in JW 1917, 172 Die gnadenweise Löschung von Strafvermerken im Strafregister in JW 1917, 521ff.
von Liszt, Franz - Schmidt, Eberhard	Lehrbuch des deutschen Strafrechts Erster Band, 26. Auflage Berlin und Leipzig 1932
Lohsing, Ernst - Serini, Eugen	Österreichisches Strafprozeßrecht 4. Auflage Wien 1952

Lorenz, Max	Über die Vernehmung des Privatklägers als Zeugen, in JR 1950, 106ff.
	Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung, München und Berlin 1955
Lorenz, Robert	Die Frage nach den Vorstrafen in DRiZ 1961, 329f.
Löwe - Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen 20. Auflage, herausgegeben von Emil Niethammer in Gemeinschaft mit Friedr. Wilh. Geier, Heinrich Jagusch, Max Kohlhaas, Karl Schäfer, Werner Sarstedt, Wilhelm Tillmann Erster Band, Berlin 1958 (zit. LR(20)) Zweiter Band: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze, Berlin 1956 (zit. LR II)
	21. Auflage, herausgegeben von Hanns Dünnebier, Friedr. Wilh. Geier, Heinrich Jagusch, Max Kohlhaas, Werner Sarstedt, Karl Schäfer Erster Band, Lfg. 1 - 3 (§§ 1 - 373a StPO) Berlin 1963 (zit. LR)
Mattern, Gerhard	Verwaltungs- und gerichtliches Steuer-Strafverfahren in ZStW 67 (1955), 363ff.
Maunz, Theodor - Dürig, Günter	Grundgesetz, Kommentar München und Berlin 1963
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Karlsruhe 1958 Besonderer Teil, 3. Auflage, Karlsruhe 1959
Mayer, Albrecht	Nochmals: Die getilgte Vorstrafe und ihre Offenbarung in der Hauptverhandlung in NJW 1954, 501
Mayer, Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil Stuttgart und Köln 1953

Merkel, Paul	Anm. zu den Urteilen des RG v.6.10.1921 -1 D 447/21- und v.16.3.1922 -3 D 1282/21- in JW 1923, 51f.
Meyer-Velde, Heinz-Friedrich	Die Rehabilitation im Strafrecht und das Straftilgungsgesetz vom 9. April 1920 Diss. Göttingen 1957
Mezger, Edmund	Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung München 1926 (zit. Persönlichkeit)
	Zurechnungsfähigkeit in Festgabe für Reinhard Frank, Band 1 (Tübingen 1930), S. 519ff.
	Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen, 3. Auflage Stuttgart 1944 (zit. Kriminalpolitik)
	Strafrecht II, Besonderer Teil, 7. Auflage München und Berlin 1960
Müller, Friedrich	Die Änderung der ZPO durch die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ZMR 1954, 231
Müller, Josef	Vorstrafen und Strafregister Breslau 1908
Münch, Fritz	Zur Anwendung der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland in JZ 1961, 153ff.
Neumann-Duesberg, Horst	Anm. zum Urteil des BAG v.17.1.1956 -3 AZR 304/54- in AP, Nr.1 zu § 611 Fürsorgepflicht
Niese, Werner	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen in JZ 1953, 219ff.
Niethammer, Emil	Anm. zum Urteil des OLG Düsseldorf v.19.5. 1949 -Ss 178/49- in SJZ 1950, 61f.

(Niethammer, Emil — Die Stellung des Vorsitzenden und die Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung in JZ 1951, 132ff.

Nikisch, Arthur — Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952

Noetzel, Theodor — Rehabilitation in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 482ff.

Nölle, Rudolf — Die Löschung von Strafvermerken in den Personalakten in RiA 1957, 339ff. in RiA 1960, 179ff.

Oetker, Friedrich — Besprechung der fünften verbesserten Auflage des "Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts" von Binding in GerS 65 (1905), 431ff.

Zehnter Internationaler Kongreß der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung zu Hamburg vom 12. - 14. September 1905 in GerS 67 (1906), 424ff.

Strafe und Lohn in GerS 70 (1907), 321ff.

Die Rehabilitation Verurteilter und das österreichische Gesetz vom 21. März 1918 über die Tilgung der Verurteilung in GerS 87 (1920), 161ff.

Die Rehabilitation nach dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1919 und dem Straftilgungsgesetz in GerS 89 (1924), 161ff.

Die Deutsche Strafrechtliche Gesellschaft in GerS 91 (1925), 321ff.

Olshausen, Justus — Der Einfluß von Vorbestrafungen auf später zur Aburtheilung kommende Strafthaten Berlin 1876

Oppermann, Walther	Die Bedeutung der Vorstrafen für das Arbeitsverhältnis in DR 1939, 1741ff.
Oppler	Die Vorstrafen in der Hauptverhandlung in DJZ 1907, 647ff.
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 22. Auflage, bearbeitet von Bernhard Danckelmann, Hans Gramm, Ullrich Hoche, Theodor Keidel, Wolfgang Lauterbach, München und Berlin 1963
Paunović, Vlastimir R.	Die Verfahrensgarantien des Art.6 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten im deutschen Strafverfahrensrecht Diss. Münster/Westf. 1956
Pentz, Adolf	Beschränkte Auskunft aus dem Strafregister nach § 96 JGG in NJW 1957, 821f.
von Pestalozza, Graf	Die Erörterung der Vorstrafen des Angeklagten in der Hauptverhandlung in DR 1939, 111ff.
Peters, Karl	Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen Berlin 1932 (zit. Die kriminalpolitische Stellung)
	Strafzumessung in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 737ff.
	Zeugenlüge und Prozeßausgang Bonn 1939
	Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6. November 1943, 2. Auflage Berlin 1944
	Jugendstrafrecht, Bonn 1948

(Peters, Karl) Strafprozeß. Ein Lehrbuch.
Karlsruhe 1952

Ein Beitrag zum Fehlurteil -
Erfahrungen aus einem Lehrerprozeß
in Festschrift für Edmund Mezger (München und Berlin 1954), S. 477f.

In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstigen Unrechtsfolgen) ?
in Verhandlungen des 41. DJT. (Berlin 1955), Band I (Gutachten), 2. Halbband (Tübingen 1955), S. 1ff. (zit. Gutachten zum 41. DJT.)

Rehabilitierung Straffälliger
in Verhandlungen des 42. DJT. (Düsseldorf 1957), Band II, Teil G (Tübingen 1958), S. 3ff.

Grundprobleme der Kriminalpädagogik
Berlin 1960

Grundsätzliches über Erziehung und Strafe
in: Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafen, herausgegeben von Th. Würtenberger (Stuttgart 1961), S. 62ff.

Pfundtner, Hans-Neubert, Reinhard (F. A. Medicus) Das neue Deutsche Reichsrecht
II c Strafrecht
Berlin 1939 - 1944

Pörschmann, Willy Über die Offenbarungspflicht getilgter Vorstrafen
in DR 1938, 428f.

Das Strafregister, Dresden 1939

Potrykus, Gerhard Straftilgung und Erziehungskartei
in UJ 1952, 468f.

(Potrykus, Gerhard — Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 4. Auflage Darmstadt, Nürnberg, Düsseldorf, Berlin und Frankfurt 1955

Preißler, Eduard — Der Sitz des Staatsanwalts in NJW 1949, 416f.

Redelberger, O. — Fragen des Disziplinarrechts in ZBR 1954, 140ff.

Richter, Ernst — Die Entwicklung der Kriminalität der Vorbestraften, Breslau-Neukirch 1938

Rilk — Der Beweisantrag auf Vernehmung von Leumundszeugen vom Standpunkt der heutigen Aufgaben des Strafverteidigers in JW 1937, 716f.

Roeder, Hermann — Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes, Wien 1963

Roesner, Ernst — Vorbestraftenstatistik in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 1001ff.

Rosenberg, Leo — Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 8. Auflage, München und Berlin 1960

Rosenfeld, Ernst Heinrich — Der Reichs-Strafprozeß, 3. Auflage Berlin 1909

Rotberg, Hans Eberhard — Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage Berlin und Frankfurt am Main 1958

Ruhrmann, Hans Wilhelm — Die Behandlung innerdeutscher (interlokaler Kollisionsfälle auf dem Gebiete des Staatsschutz-Strafrechts in ZStW 72 (1960), 124ff.

Ruscheweyh, Herbert — Herrschaft des Richters oder der Anwälte im deutschen Strafprozeß ? in SchlHA 1959, 277ff.

Sanders, Daniel-Wülfing, Ernst — Handwörterbuch der deutschen Sprache, 8. Aufl. Leipzig und Wien 1912

Sarstedt, Werner	Rundfunkaufnahmen im Gerichtssaal in JR 1956, 121ff.
	Die Revision in Strafsachen Vierte, verbesserte und wesentlich erweiterte Auflage des von Kammergerichtsrat Kurt Gage begonnenen Werkes Essen 1962
Sauer, Wilhelm	Selbständige Rechte Dritter im Strafverfahren in ZStW 37 (1916), 186ff.
	Strafzumessung und Persönlichkeit in ZStW 50 (1930), 679ff.
	Kriminologie als reine und angewandte Wissenschaft, Berlin 1950 (zit. Kriminologie)
	Allgemeine Strafrechtslehre, 3. völlig neue Auflage der "Grundlagen des Strafrechts" Berlin 1955
von Sauer, Emil	Der Sitz des Staatsanwalts in NJW 1947/48, 683
Sax, Walter	Grundsätze der Strafrechtspflege in: Bettermann - Nipperdey - Scheuner, Die Grundrechte, Dritter Band, 2. Halbband (Berlin 1959), S. 909ff.
Schacht, Horst	Die Rehabilitation des mit Jugendstrafe Vorbestraften nach deutschen Rechten und ihrer Entwicklung seit dem Jahre 1920 Diss. Hamburg 1955
Schäfer, Leopold-Doerner, Karl	Der internationale Strafregisterverkehr Mannheim - Berlin - Leipzig 1931
Schäfer, Leopold-Hellwig, Albert	Straftilgungsgesetz und Strafregisterverordnung, Berlin und München 1926
Schaffstein, Friedrich	Jugendstrafrecht Stuttgart 1959

Schätzel, Walter — Der internationale Schutz der Menschenrechte in Festschrift für Friedrich Giese (Frankfurt am Main 1953), S. 215ff.

Schiller, Walter — Die Rehabilitation Verurteilter im schweizerischen Recht, Zürich 1905

Schleutker, Freya — Das prozessuale Verhalten des Angeklagten Diss. München 1960

Schmidt, Eberhard — Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts
Göttingen 1952 (zit. I)
Teil II: Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung
Göttingen 1957 (zit. II)
Teil III: Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz und zum Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
Göttingen 1960 (zit. III)

Öffentlichkeit oder Publicity ?
in Festschrift für Walter Schmidt (Berlin 1959), S. 338ff.

Anklageerhebung, Eröffnungsbeschluß, Hauptverfahren, Urteil - Betrachtungen zur Strafprozeßreform
in NJW 1963, 1081ff.

Schmidt, Lothar — Die Strafzumessung in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin 1961

Schmidt-Räntsch, Günter — Deutsches Richtergesetz
München und Berlin 1962

Schneickert, Hans — Tricks
in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 834ff.

Schnupp, Günther	Fragen aus der Personalaktenführung in ZBR 1959, 386ff.
	Löschung von Disziplinarstrafen in ZBR 1962, 70ff. in DÖD 1962, 181ff.
Schönke, Adolf - Schröder, Horst	Strafgesetzbuch, 11. Auflage München und Berlin 1963
Schorn, Hubert	Der Laienrichter in der Strafrechtspflege Münster/Westf. 1955 (zit. Der Laienrichter)
	Der Strafrichter, Frankfurt am Main 1960
	Um die Wahrung der Menschenwürde im Strafverfahren, in DRiZ 1961, 7f.
	Die Ablehnung eines Richters im Strafprozeß in Rechtsprechung und Schrifttum in GA 1963, 161ff.
	Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren Neuwied am Rhein, Berlin-Spandau 1963 (zit. Der Schutz der Menschenwürde)
	Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in strafgerichtlicher Praxis, in DRiZ 1963, 339ff.
Schottelius, Harald	Rehabilitation und Resozialisierung in: Materialien zur Strafrechtsreform (Bonn 1954), 2. Band, I Allgemeiner Teil, S. 149ff.
Schretzmeier, Hans	Das Fragerecht in der Hauptverhandlung Diss. Erlangen 1936
Schröder, Horst	Gesetzliche und richterliche Strafzumessung in Festschrift für Edmund Mezger (München und Berlin 1954), S. 415ff.
Schultheis	Die Tilgung von Strafvermerken nach dem Gesetz vom 9. April 1920 (RGBl S. 507) in ihrer materiellrechtlichen Bedeutung in: Das Recht, 25. Jgg. (1921), Sp. 119ff.

Schütz, Erwin	Personalakten, dienstliche Beurteilungen und Dienstzeugnisse im Beamtenrecht in DÖD 1958, 48ff.
	Kann ein Beamter die Entfernung von Vorgängen aus seinen Personalakten verlangen ? in ZBR 1958, 241ff.
	Bestrafungsverbot - Verjährung, Tilgung (Löschung) - Nichtberücksichtigung von Strafen im Disziplinar- (Dienststraf-)recht in DÖD 1963, 81ff.
Schütze, Hermann	Führungszeugnis und Führungsliste Köln und Berlin 1957
Schwarz, Otto	Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsrecht und Nebengesetze, 22. Auflage München und Berlin 1960
Schwarz, Otto - Dreher, Eduard	Strafgesetzbuch, 25. Auflage München und Berlin 1963
Schwarz, Otto - Kleinknecht, Theodor	Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsrecht und Nebengesetze, 24. Auflage München und Berlin 1963
Scupin, Hans Ulrich	Über die Menschenrechte in: Gegenwartsprobleme des Internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie (Festschrift für Rudolf Laun zu seinem 70. Geburtstag; Hamburg 1953), S. 173ff.
Seelig, Ernst	Lehrbuch der Kriminologie, 3. Auflage Neubearbeitet und ergänzt von Hanns Bellavić Darmstadt 1963
Seelig, Ernst - Weindler, Karl	Die Typen der Kriminellen Berlin und München 1949
Seibert, Claus	Abschied vom KRG 10 in NJW 1952, 251f.

(Seibert, Claus)	Der arme Privatkläger in MDR 1952, 278
	Beanstandung von Fragen des Vorsitzenden durch den Verteidiger in JR 1952, 470f.
	Die Strafzumessung in der richterlichen Praxis in: Kriminalpolitische Gegenwartsfragen (herausgegeben vom Bundeskriminalamt Wiesbaden, 1959), S. 143ff.
	Befangenheit und Ablehnung in JZ 1960, 85f.
	Anm. zum Urteil des OLG Stuttgart v.2.6.1961 -1 Ss 210/61- in NJW 1961, 1491f.
	Verdächtige Zeugen (§ 60 Ziff.3 StPO) in NJW 1963, 142ff.
Seibertz	Vorbestrafte in Vertrauensstellungen ? in DR 1942, 559f.
Seyfarth, Heinrich	Probleme des Strafwesens Berlin 1928
Sieverts, Rudolf	Die Strafregistrierung bei Jugendlichen und ihre Reformbedürftigkeit in ZStW 57 (1938), 771ff.
Soergel, Hans Theodor - Siebert, Wolfgang	Bürgerliches Gesetzbuch, V. Band: Erbrecht, Einführungsgesetz, 9. Auflage, Stuttgart 1961
Spendel, Günter	Zur Lehre vom Strafmaß, Frankfurt am Main 1954
von Stackelberg, Curt Ferdinand Freiherr	Die gesetzlichen, verwaltungsrechtlichen und sozialen Folgen der strafgerichtlichen Verurteilung in: Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. September bis 2. Oktober 1957 (herausgegeben von Edmund Mezger, Hans-Heinrich Jescheck, Richard Lange; Berlin 1957) (Sonderheft der ZStW), S. 181ff.

(von Stackelberg, Curt Ferdinand Freiherr)	Anm. zum Beschluß des OLG Bremen v.17.2.1960 -Ws 15/60- in NJW 1960, 1265f.
Statistisches Bundesamt Wiesbaden	Fachserie A, Bevölkerung und Kultur, Reihe 9 Rechtspflege 1959, Stuttgart und Mainz 1961 Rechtspflege 1960, Stuttgart und Mainz 1962
Statistisches Landesamt Nordrhein-Westfalen	Beiträge zur Statistik des Landes Nordrhein-Westfalen Heft 123: Die Strafverfolgung in Nordrhein-Westfalen 1958, Düsseldorf 1960 Heft 134: Die Strafverfolgung in Nordrhein-Westfalen 1959, Düsseldorf 1961
Stein, Friedrich-Jonas, Martin	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Zweiter Band 18. Auflage, bearbeitet von Adolf Schönke, fortgeführt von Rudolf Pohle Tübingen 1956
Steinbeck, Paul	Macht die Mitwirkung eines amtsunfähigen Schöffen das Urteil nichtig ? in GA 76 (1932), 12ff.
Stier-Somlo, Fritz - Elster, Alexander	Handwörterbuch der Rechtswissenschaften Vierter Band Berlin und Leipzig 1927
Stock, Ulrich	Strafprozeßrecht Tübingen 1952
	Ist Strafschärfung bei Rückfall berechtigt ? in Festschrift für Hermann Nottarp (Karlsruhe 1961), S. 149ff.
Stölzel, Otto	Über Strafregister und polizeiliche Liste in PrVerwBl. 41 (1919/20), 560ff.
Stötter, Karin	Die Rechts- und Amtshilfe in Strafsachen im Verhältnis zur sowjetisch besetzten Zone Deutschlands, Bonn 1960
Stranz, J.	Juristische Rundschau in DJZ 1905, 1100ff.

Sträubig, Dietmar	Irrtum über Rückfallvoraussetzungen in NJW 1960, 1240f.
Stree, Walter	Deliktsfolgen und Grundgesetz Tübingen 1960
	In dubio pro reo Tübingen 1962
Strube, Walter	Die Einstellung von Staat und Volk gegenüber den Vorbestraften in BlfGefängnk. 68 (1937/38), 350ff.
Stumpfl, Friedrich	Die Ursprünge des Verbrechens Leipzig 1936
Süß, Heinrich	Rehabilitation im Strafrecht in: Auszüge aus den der Juristischen Fakultät der Universität Gießen vorgelegten Dissertationen (5) (Gießen 1925), S. 116ff.
Süsterhenn, Adolf	Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in DVBl 1955, 753ff.
Tacik, Gerhard	Der Fluch der Vorbestraften in JR 1957, 325ff.
Teichmann, Hans-Werner	Löschung von Disziplinarstrafvermerken in DÖD 1962, 186f.
Teplitzky, Otto	Probleme der Richterablehnung wegen Befangenheit, in NJW 1962, 2044ff.
Tischer, Friedrich	Diskussionsbeitrag zum Referat von Prof. K. Peters in Verhandlungen des 42. DJT. (Düsseldorf 1957) Band II, Teil G (Tübingen 1958), S. 44ff.
Tlapek, Ludwig - Serini, Eugen	Die österreichische Strafprozeßordnung 4. Auflage, Wien 1960
Trapp, Erwin	Wiederaufnahme und Strafregister in NJW 1959, 1862ff.

Wachenfeld, Friedrich	Rehabilitation und Verjährung in GA 54 (1907), 161ff.
Wachinger, Michael	Die Wirkung der Tilgung eines Strafvermerks vor und nach der Verordnung vom 17. Nov. 1939 in DJ 1940, 863ff.
Wälde, Ernst	Anm. zum Urteil des OLG Hamm v.25.10.1956 -2 Ss 595/56- in NJW 1957, 433f.
Wassermann, Rudolf	Richterablehnung wegen Befangenheit in NJW 1963, 429ff.
Weber, Franz	Die Ursachen der außergewöhnlichen Freispruchsquoten Diss. Münster/Westf. 1956
von Weber, Hellmuth	Grundriß des deutschen Strafrechts Bonn 1946 (zit. Grundriß)
	Die strafrechtliche Bedeutung der europäischen Menschenrechtskonvention in ZStW 65 (1953), 334ff.
	Die Festsetzung der Grundrechte der europäischen Menschenrechtskonvention in der innerdeutschen Strafrechtspflege in MDR 1955, 386ff.
	Die richterliche Strafzumessung Karlsruhe 1956
Weimann, Arno	Revisibilität der Entscheidungen gemäß § 68a Abs.2 StPO in JR 1953, 20f.
Weimar, Wilhelm	Zur Offenbarungspflicht bei Bewerbungen um eine Beamtenstelle in RiA 1962, 324f.
Weiß, Claus	Die europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Frankfurt am Main und Berlin 1954

Weiß, Max	Die Rehabilitation und das Straftilgungsgesetz Diss. Erlangen 1931
Welzel, Hans	Das Deutsche Strafrecht, 8. Aufl., Berlin 1963
Wendt	Zur Frage der innerstaatlichen Geltung und Wirkung der europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte in MDR 1955, 658
Wengler, Wilhelm	Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Vollstreckung von Strafurteilen nach dem Rechtshilfegesetz in JZ 1961, 3ff.
Westhoff, Ursula	Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts Berlin 1955
Wiebringhaus, Hans	Die Rom-Konvention für Menschenrechte in der Praxis der Straßburger Menschenrechtskonvention, Saarbrücken 1959
Wimmer, August	Die Strafzumessungstatsachen im Prozeß in NJW 1947/48, 126ff.
von Winterfeld, Achim	Anerkennung ostzonaler Vorstrafen in JR 1953, 447ff.
Wittkämper, Gerhard W.	Das Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis des Zeugen im Strafprozeß in BB 1963, 1160ff.
Woesner, Horst	Die Menschenrechtskonvention in der deutschen Strafrechtspraxis in NJW 1961, 1381ff.
Wolff, Erich	Rechtliche Wirkungen der Vorstrafe, unter besonderer Berücksichtigung des Straftilgungsgesetzes, in MBlGerGefEntl. 12 (1936/37), 131ff.
	Eine vergleichende Betrachtung des österreichischen und deutschen Straftilgungsgesetzes in MBlStraffErmh. 13 (1937/38), 98ff.

Einleitung

Gegenstand und Ziel der Abhandlung

Die Frage nach der rechtlichen Stellung des Vorbestraften hat schon oft zu heftigen Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten in Literatur und Rechtsprechung geführt. Auch in neuerer Zeit wurde dieses Problem auf Kongressen diskutiert: eine Arbeitsgemeinschaft des 42. Deutschen Juristentages in Düsseldorf (1957)[1] befaßte sich mit der Rehabilitierung Straffälliger, und ein Thema des VII. Internationalen Strafrechtskongresses in Athen (1957)[2] behandelte die Folgen der strafgerichtlichen Verurteilung. Besonders durch das Institut der Rehabilitation ist immer wieder versucht worden, einer Überbewertung der Vorstrafen entgegenzuwirken und die Resozialisierung des Bestraften zu erleichtern. Aber mit Hilfe der Rehabilitation, wie sie zur Zeit ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, läßt sich allein das Problem der Resozialisierung nicht lösen; dieses entsteht nämlich jeweils sofort nach der Straferleidung, während die Rehabilitation in Form der beschränkten Auskunft und der Tilgung im Strafregister im allgemeinen erst nach einem längeren Zeitraum den Makel der Strafe teilweise oder nahezu gänzlich beseitigt. Selbst wenn die Resozialisierung sogleich gelungen ist, muß der Verurteilte dauernd befürchten, daß seine Vorstrafe bekannt wird und dadurch seine wiedererlangte Stellung und Existenz gefährdet, ungünstigenfalls sogar vernichtet werden kann[3]. Gerät der Bestrafte darum - sei es als Beschuldigter, als Zeuge, als Sachverständiger usf. - in ein neuerliches Strafverfahren, hat er naturgemäß ein starkes Interesse daran, daß seine Vorstrafe nicht bekannt wird. Demgegenüber liegt dem Gericht an einer umfassenden Aufklärung des Sach-

---

1) siehe die Tagungsberichte in JZ 1957, 731ff. und NJW 1957, 1511

2) siehe Lackner in ZStW 70 (1958), 144ff.
Heinitz in Deutsche Beiträge, S. 151ff.
von Stackelberg in Deutsche Beiträge, S. 181ff.

3) Delaquis in SchwZfStR 30 (1917), 77 mit eindrucksvollem Beispiel

verhalts und an einer gerechten Entscheidung, für die Vorstrafen sehr aufschlußreich sein können. Schon oft ist es deshalb im Gerichtssaal zwischen den Beteiligten zu starken Kontroversen über die Behandlung der Vorstrafenfrage gekommen.

Im Gesetz, d.h. in der StPO, ist die Bedeutung der Vorstrafe, die ihr in der Hauptverhandlung zukommt, kaum berücksichtigt worden. Obwohl z.B. nahezu die Hälfte der Angeklagten vorbestraft ist[1], bei einigen Delikten sogar noch weit mehr[2], findet sich keine Vorschrift über das "ob" und "wie" einer Erörterung der Vorstrafen des Angeklagten. Die Vorstrafen des Zeugen[3] sind zwar Inhalt des im Jahre 1933 in die StPO eingefügten[4] § 68a, der aber durch die Art Generalklausel, die Fragen nach Vorstrafen des Zeugen zur Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit für zulässig erachtet, die erstrebte Einschränkung der Vorstrafenerörterung nicht ohne weiteres erreicht und gewährleistet und der die speziellen Rehabilitationsprobleme, wie z.B. die Frage nach getilgten Vorstrafen, überhaupt nicht erfaßt, so daß auch die Feststellung der

---

1) Von den im Jahre 1960 im Bundesgebiet (ohne Saarland und Berlin) wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurteilten Personen waren 39,3% vorbestraft, von den Erwachsenen sogar 43,6 % (berechnet aus den Angaben des Statistischen Bundesamtes in Rechtspflege 196o, S. 46/47, 7o/71, 100/101, 128/129).

2) Von den im Jahre 1960 im Bundesgebiet (ohne Saarland und Berlin) wegen §§ 123, 170b, 170c, 243, 246, 248b, 249 - 255 (ohne 250 Abs.1 Nr.5), 263, 264a, 265, 285 StGB verurteilten Erwachsenen waren mehr als 6o %, bei den wegen § 181a StGB verurteilten mehr als 80 % vorbestraft (berechnet aus den Angaben des Statistischen Bundesamtes in Rechtspflege 1960, S. 46 - 53).

3) Wieviel Prozent der Zeugen vorbestraft sind, ist bisher nicht festgestellt worden und wohl auch kaum möglich. Finkelnburg (S. 33) hat für das Jahr 1910 errechnet, daß von der strafmündigen Bevölkerung Deutschlands jede 12. Person, und zwar jeder 6. Mann, vorbestraft sei (vgl. auch Roesner in Elster - Lingemann, 2. Band, S. 1008). Der Anteil dürfte aber noch höher sein, da Finkelnburg die Zahlen der Erstbestraften aus nur 30 Jahren addierte (S. 9), zudem nur solcher Erstdelinquenten, die wegen eines reichsgesetzlich strafbaren Verbrechens oder Vergehens verurteilt wurden (S. 8). Vgl. auch Mezger (Kriminalpolitik, S. 282), der von weiteren aufschlußreichen Untersuchungen berichtet, daß z.B. 35,8 - 37 % der Brüder von Rückfallverbrechern vorbestraft sind (Stumpfl, S.142).

4) durch Gesetz vom 24. November 1933 (RGBl I 1008)

Vorstrafen des Zeugen gesetzlich als nicht ausreichend geregelt angesehen werden kann. Rechtsprechung und Literatur haben bisher ebenfalls nicht vermocht, hier eine umfassende und allseits anerkannte Lösung aufzuzeigen.
Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, diese wichtigen und immer wieder auftauchenden Fragen nach der rechtlichen Stellung des Vorbestraften in einem erneuten Strafverfahren insbesondere unter der Auswirkung der Rehabilitation in ihrer prozessualen Bedeutung für die Hauptverhandlung zu sehen und zu behandeln. Obschon bei dieser Thematik die Interessen der Allgemeinheit und des Einzelnen widerstreiten - nämlich einerseits das Interesse der Allgemeinheit am Schutz vor kriminellen Elementen und an einer möglichst eingehenden Erforschung der materiellen Wahrheit als Grundlage für eine gerechte Strafe und andererseits das Interesse des Einzelnen an der Vermeidung persönlicher Bloßstellung, beim Angeklagten zudem das Interesse an der Gewährleistung des Prinzips der Unschuldsvermutung -, ist die Arbeit bestrebt, zu rechten und gerechten Ergebnissen zu kommen und so zugleich auch einen kleinen Beitrag zur Strafprozeßrechtsreform zu leisten.

Erster Hauptteil

Vorstrafe und Rehabilitation

I. Die Vorstrafe und ihre Bedeutung

A. Der Begriff der Vorstrafe und ihrer verschiedenen Arten

1. Die Vorstrafe

Bevor die Zulässigkeit und Durchführung der Vorstrafenerörterung in der Hauptverhandlung untersucht werden soll, erscheint es angebracht, den Begriff der Vorstrafe näher zu bestimmen. Der Begriff "Vorstrafe", der besonders in der Praxis der Gerichte ständig verwandt wird, ist nämlich weder im Gesetz noch in Literatur oder Rechtsprechung - abgesehen von wenigen Ausnahmen[1] - näher erläutert.

Das Strafgesetzbuch spricht bei der Erörterung der Rückfallvoraussetzungen in § 245 von "früheren Strafen" und in § 20a Abs.3 von "früheren Verurteilungen". Aus § 68a Abs.2 StPO, der einzigen Vorschrift, die die "Vorstrafen" ausdrücklich erwähnt, ist über den Begriff der Vorstrafe nichts zu ersehen.

Die wörtliche Auslegung führt dazu, daß Vorstrafe eine vorherige Strafe sein muß, wobei allerdings gleich die Frage nach einer näheren Bestimmung der "Strafe" und des Begriffs "vorherig" auftaucht.

Geht man von der Regelung der §§ 13 - 42 StGB aus, die unter der Überschrift "Strafen" zusammengefaßt sind, so ergibt sich daraus zumindest, daß Strafe im Sinne einer kriminellen Strafe aufgefaßt sein will, daß nicht darunter fallen Geldbußen wegen Ordnungswidrigkeiten[2], Disziplinarstrafen[3], Zwangsstrafen, Ord-

---

1) OLG Hamburg, Urt.v.21.4.1948, in HESt 3, 67ff.
Kleinknecht in KMR, § 267 Anm. 9 B f
von Winterfeld in JR 1953, 447ff.

2) Zum Unterschied Ordnungswidrigkeit - Straftat siehe
BVerfG, Beschl.v.4.2.1959, in BVerfGE 9, 171
Schwarz-Kleinknecht, Vorbem. 2) vor § 1 OWiG
Peters: Strafprozeß, § 5 V (S. 32) Rotberg, § 1 Anm. 2
Baumann: AT, § 4 I 2 b (S. 28) Lange in JZ 1957, 237

3) Zum Unterschied des Disziplinarrechts vom Strafrecht siehe
Kugler in ZBR 1960, 33f.

nungsstrafen[1], u.ä.. Es muß eine Verurteilung wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung nach dem StGB oder den sonstigen Strafbestimmungen vorliegen[2], wobei es einerlei ist, ob eine Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe verhängt worden ist. Diese Verurteilung muß ausgesprochen sein durch ein Gericht, weil nur ein Gericht berechtigt ist, zu Kriminalstrafen zu verurteilen (Art. 20 Abs.3, 92 GG)[3] [4].

Die Frage, ob es sich um eine Verurteilung durch ein deutsches Gericht handeln muß oder ob auch Verurteilungen durch ausländische Gerichte vom Begriff der Vorstrafe erfaßt werden, muß grundsätzlich in letzterem Sinne entschieden werden. Zwar verlangen die Strafbestimmungen über den Rückfall (§§ 244, 250 Abs.1 Nr.5, 261, 264 StGB) als Vortat eine im Inland erfolgte Verurteilung, und ferner ergibt sich aus § 7 StGB, daß trotz einer im Ausland erfolgten Verurteilung der Verurteilte im Inland erneut bestraft werden kann - unter den Voraussetzungen der §§ 3 - 6 StGB - , ohne daß darin ein Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung des Art. 103 Abs.2 GG liegt[5], woraus der naheliegende Schluß gezogen werden könnte, ausländische Verurteilungen seien unbeachtlich und nicht als Vorbestrafungen aufzufassen; aber in § 20a Abs.4 StGB wie auch in § 61 StGB-E 1962 sind ausländische Verurteilungen unter besonderen Voraussetzungen den inländischen

---

1) siehe Rotberg, § 1 Anm. 9

2) vgl. auch Rotberg (§ 1 Anm. 8), der "Strafe" (im Sinne des OWiG) formal als jede durch das StGB oder andere Gesetze an eine Unrechtshandlung geknüpfte und als Strafe bezeichnete, durch Richterspruch zu verhängende Übelsfolge ansieht.

3) Friesenhahn in Festschrift für Richard Thoma, S. 43

4) Eine zulässige Ausnahme bildet nur noch das Finanzamt im Steuerstrafverfahren nach §§ 447ff. AO, wenn der Betroffene keine Rechtsbehelfe einlegt, und im Unterwerfungsverfahren nach § 445 AO; denn der Betroffene verzichtet aus freien Stücken auf den ihm zustehenden Anspruch auf eine gerichtliche Entscheidung (Art. 6 Abs.1 S.1 MRK).
Vgl. BGH, Urt. v. 21. 4. 1959, in NJW 1959, 1230
Mattern in ZStW 67 (1955), 404f., 410
Jescheck in NJW 1954, 785, Fußnote 28
Woesner in NJW 1961, 1384f.
siehe aber auch Kleinknecht in KMR, Einl. 3 c)
von Weber in MDR 1955, 386 Wendt in MDR 1955, 658

5) Jagusch in LK I, § 7 Anm. 1

gleichgestellt, in den §§ 9, 10 StTilgG ist sogar eine völlige Gleichbehandlung der ausländischen mit den inländischen Verurteilungen angeordnet[1], und § 7 StGB verlangt gerade, daß eine ausländische Verurteilung, deren Strafe schon im Ausland vollzogen ist, bei der Strafvollstreckung der erneut verhängten Strafe zu berücksichtigen ist. Die Existenz ausländischer Verurteilungen ignorieren oder als bedeutungslos hinstellen zu wollen, entspräche auch unzeitgemäßem, engstirnigem, nationalstaatlichem Denken und der Überspitzung einer falsch verstandenen Souveränitätsidee, und es verstieße ferner gegen die Gerechtigkeit, wenn ein Verbrecher allein durch einen Grenzübertritt "strafrechtliche Virginität" erlangen könnte[2]. Von der Anerkennung als Vorstrafen müssen allerdings solche ausländischen Verurteilungen ausgenommen werden, die sich auf Bestimmungen stützen, welche unserem "ordre public"[3] widersprechen.
Zu dem Problem, wie Strafurteile der Gerichte der SBZ bzw. DDR einzuordnen sind, sei folgendes gesagt: Nach herrschender Meinung in Rechtsprechung[4] und Literatur[5] gehört die SBZ bzw. DDR zu Deutschland und kann im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland nicht als Ausland betrachtet werden. Die Gerichte der SBZ bzw. DDR werden überwiegend trotz der immer stärker verschieden sich entwickelnden Rechtsordnungen im östlichen und westlichen

---

1) Schäfer-Doerner, § 9 StTilgG Anm. 1, 2, § 10 StTilgG Anm. 3

2) Hegg, S. 99

3) siehe RG, Urt.v.21.3.1905, in RGZ 60, 296 (300)
Kegel in Soergel-Siebert, Art. 30 EGBGB Anm. 10
Lauterbach in Palandt, Art. 30 EGBGB Anm. 2

4) BVerfG, Urt.v.13.6.1952, in NJW 1952, 1129
BVerfG, Beschl.v.31.5.1960, in NJW 1960, 1611
BGH, Urt.v.11.2.1954, in BGHSt 5, 364
BGH, Urt.v.28.10.1954, in BGHSt 7, 53 (55)

5) Maurach: AT, § 11 II A 2b)aa) (S. 95)
Baumann: AT, § 6 II 4 (S. 57)
Schönke-Schröder, Vorbem. 8 vor § 3
Bünemann in NJW 1952, 1360
Ruhrmann in ZStW 72 (1960), 125

Teil Deutschlands als deutsche Gerichte angesehen[1], deren Strafurteile auch in der Bundesrepublik Deutschland Wirkung haben können[2]. Soweit es sich allerdings um Verurteilungen wegen politischer Vergehen oder Verbrechen handelt, widersprechen die angewandten Strafbestimmungen dem auch im interlokalen bzw. interzonalen Recht anwendbaren[3] Grundsatz des "ordre public"; diese Verurteilungen sind deshalb von vorneherein unbeachtlich[4]. Der Begriff der Vorstrafe ist folglich nicht auf Verurteilungen deutscher Gerichte oder Gerichte der Bundesrepublik Deutschland beschränkt, sondern erfaßt alle im Einklang mit dem "ordre public" stehenden Verurteilungen durch ein Gericht.

Wenn ferner eine Vorstrafe nur eine vorherige Verurteilung sein kann, bedeutet das nicht nur, daß die Verurteilung zeitlich zurückliegen muß in Beziehung zum Jetztzeitpunkt oder zu einer bestimmten Nachtat, sondern auch, daß die frühere Verurteilung

---

1) BVerfG, Urt.v.13.6.1952, in NJW 1952, 1129
BVerfG, Beschl.v.31.5.1960, in NJW 1960, 1611
BGH, Urt.v.12.12.1957, in ROW 1958, 164
BGH, Urt.v.11. 3.1959, in ROW 1959, 247
KG, Beschl.v.28.2.1963, in NJW 1963, 1160
Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 2 StRegVO Anm. I 4

2) Näheres regelt das Gesetz über die innerdeutsche Rechts- und Amtshilfe in Strafsachen vom 2. Mai 1953 (BGBl I 161). Zum Streit der Verfassungsmäßigkeit und Gültigkeit dieses Gesetzes siehe Stötter, S. 121ff. und Wengler in JZ 1961, 8

3) Lange in Jahrbuch des Ostrechts 1960, 15
Wengler in JZ 1961, 4
vgl. auch Schönke-Schröder, Vorbem. 20 vor § 3
Enneccerus-Nipperdey, § 70 III 3 (S. 423)

4) Lange in Jahrbuch des Ostrechts 1960, 11
Ruhrmann in ZStW 72 (1960), 125 mit weiteren Hinweisen; Lieser (S. 185, 187) dagegen hält die materielle und prozessuale Verschiedenheit der Rechtsordnungen der Bundesrepublik und der Sowjetzone für so weitgehend, daß die sowjetzonalen Gerichte unter keinen Umständen mehr als inländische Gerichte im Sinne der §§ 244, 250 Abs.1 Nr.5, 261, 264 StGB angesehen werden könnten und daß infolge der Verletzung wesentlicher rechtsstaatlicher Grundsätze im Strafprozeß der Sowjetzone und infolge des Umstandes, daß den Richtern der Sowjetzone die Fähigkeit zum Richteramte fehle, die sowjetzonalen Urteile nicht Urteile im Rechtssinne, sondern Verwaltungsakte seien.
Vgl. auch Schorn: Der Schutz der Menschenwürde, S. 141

vor dem interessierenden Zeitpunkt rechtskräftig geworden sein muß. Erst wenn ein Strafurteil rechtskräftig geworden ist, kann es vollstreckt werden (§ 449 StPO); erst mit Rechtskraft steht die Verurteilung endgültig fest und gilt der Verurteilte als bestraft[1].

"Vorstrafe" ist somit eine in Rechtskraft erwachsene gerichtliche Verurteilung zu krimineller Strafe, die - falls sie nicht durch ein Gericht der Bundesrepublik ausgesprochen worden ist - dem "ordre public" nicht widerspricht[2].

2. Die verschiedenen Arten der Vorstrafen, insbesondere die einschlägige Vorstrafe

Eine Unterteilung der Vorstrafen nach ihrer zeitlichen Entstehung oder ihrer Auswirkung (z.B. als rückfallbegründend) oder nach dem Straftilgungsgesetz als registerpflichtige, der unbeschränkten oder der beschränkten Auskunft unterliegende, tilgungsreife oder gelöschte bzw. getilgte Vorstrafen bietet für die weitere Begriffsbestimmung im allgemeinen keine Schwierigkeiten. Lediglich die häufig in den Strafzumessungsgründen als besonders strafschärfend festgestellte einschlägige Vorstrafe scheint in Umfang und Art ihrer Voraussetzungen nicht eindeutig abgegrenzt[3], obwohl sogar häufig die Meinung vertreten wird, daß die Verwertung der Vorstrafen bei der Strafzumessung regel-

---

1) OLG Hamburg, Urt.v.21.4.1948, in HESt 3, 67
RG, Urt.v.17.1.1922, in RGSt 56, 358 (359)
Kleinknecht in KMR, § 267 Anm. 9 B f

2) Aus dieser Definition läßt sich unschwer der Begriff des "Vorbestraften" ableiten. Bei diesem Begriff nimmt man allerdings häufig eine weitere Unterteilung vor, indem man als vorbestraft im weiteren Sinne denjenigen bezeichnet, der rechtskräftig zu Strafe verurteilt worden ist, und als vorbestraft im engeren Sinne denjenigen, der die ihm rechtskräftig zuerkannte Strafe verbüßt hat (vgl. Richter, S. 2).

3) Eine Begriffsbestimmung der "Einschlägigkeit" hat nicht nur theoretischen Wert, sondern soll der Gefahr der Oberflächlichkeit - vor allem bei der Abwägung der Strafzumessungsgründe - begegnen; die Verwendung des Begriffs "einschlägig" verrät nämlich im allgemeinen eine gewisse Nachlässigkeit und Laxheit, wenn man sich z.B. auf einschlägige Bestimmungen beruft, ohne diese speziell zu erwähnen.

mäßig von der Einschlägigkeit oder Nichteinschlägigkeit als dem entscheidenden Kriterium abhängig zu machen sei[1]. Soweit ersichtlich bringt als einziger Kleinknecht[2] eine Definition; er bezeichnet als einschlägig solche Vorstrafen, "die nach demselben gesetzlichen Tatbestand verhängt worden sind, oder wegen einer Tat, die in derselben Richtung lag".
Einschlägig[3] kann eine Vorstrafe nur dann sein, wenn die jetzige Rechtsverletzung - bildlich gesprochen - wieder in eben die gleiche Kerbe einschlägt. Es muß eine Gleichartigkeit bestehen; nicht derart, daß die Strafen in Art und Höhe gleich sind, sondern daß die strafbare Handlung gleichartig ist, daß der Betreffende schon einmal in gleicher Weise gegen die Rechtsordnung verstoßen hat. Das ist immer der Fall, wenn eine Bestrafung aus der gleichen Strafbestimmung (sog. identischer Rückfall[4]) erfolgt ist, mag diese auch mehrere Begehensformen erfassen, wie z.B. § 243 oder § 267 StGB, oder wenn eine Bestrafung aus Grunddelikt und Spezialdelikt sich gegenüberstehen (z.B. §§ 242 und 243 StGB), desgleichen im Verhältnis der konsumierenden zur konsumierten Strafbestimmung, wie z.B. der Erpressung (§ 253 StGB) zur Nötigung (§ 240 StGB), und schließlich im Falle der Subsidiarität (z.B. § 164 StGB gegenüber § 145d StGB). Hingegen kann es nicht ausreichend sein, daß nur das gleiche Rechtsgut verletzt wird (z.B. jeweils Vermögensdelikt oder Sittlichkeitsdelikt)[5]; denn damit würde der Begriff zu sehr ausgeweitet und

---

1) RG, Urt.v.11.5.1925, in JW 1925, 2138 Nr.3
wohl auch OLG Bremen, Urt.v.12.12.1956, in NJW 1957, 355
Maurach: AT, § 63 II B 2 b) (S. 669)
Schönke-Schröder, Vorbem. 52 vor § 13

2) in KMR, § 267 Anm. 9 B f

3) Allgemein versteht man unter einschlägig: "in einen Bereich einschlagend, hingehörig" (Sanders-Wülfing, S. 170), "zu etwas in Verbindung stehend" (Heyne, Sp. 713).

4) dazu Hegg, S. 107;
insofern stimmen die Begriffe "rückfällig" und "einschlägig vorbestraft" überein (vgl. Krebs in ZStW 68 (1956), 199; Bockelmann: Studien I, S. 12).

5) so aber Berkenkamp in ZAkDR 1938, 296;
auch Kleinknechts Definition (in KMR, § 267 Anm. 9 B f) erweist sich hier als zu weit.

ausgehöhlt und verlöre seine praktische Bedeutung. Die Gefahr wäre auch zu groß, daß die Gerichte vorschnell eine etwa gleichartige Verurteilung als einschlägig bezeichnen und damit ohne weitere Begründung als besonders strafschärfend verwerten, ohne im einzelnen zu untersuchen, ob eine innere, die Straferhöhung rechtfertigende Beziehung besteht.
Einschlägig ist eine Vorstrafe also nur dann, wenn wiederum eine gleichartige strafbare Handlung vorliegt, d.h. wenn die Vorverurteilung auf der gleichen oder einer im Verhältnis der Spezialität, Subsidiarität oder Konsumtion stehenden, umfassenderen Strafbestimmung beruht.

B. Die Folgen der Vorstrafe

1. Die sozialen Folgen

Daß eine Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung mit der Verbüßung der Strafe nicht ihre völlige Erledigung gefunden hat, ist eine unbestrittene Tatsache[1], die schon durch die Existenz des Strafregisters bewiesen ist. Die Tatsache der Vorbestrafung bedeutet für den Verurteilten nach der Verbüßung oder Bezahlung der Strafe eine sittliche und soziale Schlechterstellung[2], die es ihm oft sehr erschwert, in die gesellschaftliche Ordnung zurückzufinden (Problem der Resozialisierung[3]), und die ihm in

---

1) Peters: Grundprobleme der Kriminalpädagogik, § 21 III 1(S.336)
Stree: Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 52
Wolff in MBlGerGefEntl. 12 (1936/37), 131
Wachinger in DJ 1940, 863 Klemer in DJ 1943, 564
von Weber: Grundriß, S. 133 Sax, aaO., S. 924
Meyer-Velde, S. 7

2) Allein das mosaische Strafrecht vermeidet die Ächtung des Vorbestraften durch die Gesellschaft, weil es der Strafe grundsätzlich keinen infamierenden Charakter beilegt (Schottelius, aaO., S. 157, Fußnote 35; Meyer-Velde, S. 46).

3) Resozialisierung verstanden auch im Sinne der erstmaligen Eingliederung des bei der Straftat der Gesellschaftsordnung noch nicht angepaßten, inzwischen aber im Vollzug (re)sozialisierten Rechtsbrechers in die Gesellschaft (vgl. Peters: Grundsätzliches über Erziehung und Strafe, aaO., S. 66).

jedem Falle mehr oder weniger große Nachteile bringt. Die "präsumtio boni viri" ist ausgeräumt[1] und macht in der Regel jeden mißtrauisch, der Kenntnis von der Vorstrafe erhält[2]. So kann das Vorbestraftsein - der durch die Vorstrafe bedingte Strafmakel[3] - sich als zweite Bestrafung, als eine Art Nachstrafe[4], auswirken, die ein größeres Übel als die eigentliche Strafe enthält[5]. Nicht ohne Grund spricht man von dem Fluch der Vorbestraften[6], von der teilweise sehr ungerechten Wirkung der Bestrafung, die den Verurteilten trotz Verbüßung der als gerecht erkannten Strafe nicht geläutert, gebessert und wieder gerechtfertigt in die Gesellschaft entläßt, sondern ihn zu einem Menschen zweiter Klasse[7] macht, dem die Vorstrafe wie ein Schatten folgt[8].

Die sozialethische Abwehrstellung der Gesellschaft gegen das Verbrechen und den straffällig gewordenen Mitbürger liegt zwar durchaus im Interesse des Staates, weil die soziale Reaktion den Verurteilten selbst und andere in der Zukunft von der Begehung strafbarer Handlungen abhalten kann[9]. Der Schutz der Allgemein-

---

1) Schiller, S. 81
Delaquis in ZStW 27 (1907), 378

2) Strube in BlGefängnk. 68 (1937/38), 351
Graf von Pestalozza in DR 1939, 111
Seibertz in DR 1942, 559
Hagemann in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 996
von Stackelberg in Deutsche Beiträge, S. 189

3) vgl. Jescheck: Das Menschenbild, S. 26, 27

4) Liedke, S. 16

5) Brauer in GerS 9. Jgg., 2. Band (1857), S. 321
Hagemann in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 996
H. Mayer, § 63 II (S. 376)
Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 5
Hartung: Das Strafregister, Einl. B I (S. 9)

6) Tacik in JR 1957, 325

7) Klatt, S. 7 Liedke, S. 21

8) Graehl in DJ 1939, 1392

9) Hartung: Das Strafregister, Einl. B I (S. 10)
Haag in DJ 1938, 103
vgl. auch Peters: Grundprobleme der Kriminalpädagogik, § 21 I (S. 335)

heit verlangt auch, daß die Verurteilungen zum Zwecke einer erfolgreichen Verbrechensbekämpfung und gerechten Bestrafung im Strafregister verzeichnet werden. Dies alles darf aber nicht im Rechtsleben und im gesellschaftlichen Leben bei der Beurteilung der Vorstrafe zu einer Überbewertung führen, wie sie leider häufig zutage tritt, wobei zudem weniger auf den Charakter der Straftat als vielmehr generell auf die Tatsache der Bestrafung abgestellt wird[1]. Dieser Übelstand der in ihrer Härte und Unerbittlichkeit meist nicht gerechtfertigten Einstellung der Allgemeinheit gegenüber dem Vorbestraften[2], der wohl schon häufig einen einmal Gestrauchelten und mit ehrlichen Vorsätzen aus der Strafhaft Zurückkehrenden wieder zu neuen Straftaten getrieben hat, muß auch bei der Behandlung der Vorstrafen in einer erneuten Hauptverhandlung berücksichtigt werden.

2. Die verwaltungsrechtlichen Folgen

Neben diesen allgemeinen sozialen Folgen kann eine Vorstrafe auch besondere verwaltungsrechtliche Auswirkungen zeigen, wenn die Verwaltungsbehörden zum Schutze der Allgemeinheit gegen den Bestraften, der durch die Straftat sich als persönlich unqualifiziert erwiesen hat, vorgehen. Äußerstenfalls kann eine Vorstrafe sogar zur Aufgabe des ausgeübten oder in Aussicht genommenen Berufes zwingen, z.B. bei Ärzten oder Apothekern, wenn sie wegen schwerer Verfehlungen verurteilt worden sind[3], oder z.B.

---

1) Hagemann in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 997
Dageförde in Soziale Praxis 1941, 737f.
Becker in: Die Polizei 1958, 67
Hartung: Das Strafregister, Einl. B I (S. 10f.)
Seyfarth, S. 171 Schacht, S. 55
vgl. auch die Begründung zum Entwurf des StTilgG (Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 339, Anlage Nr. 1486, S. 1518)

2) Vgl. die Entschließung der Dritten Sektion des zehnten Internationalen Strafrechts- und Gefängniskongresses in Prag 1930, in der u.a. gefordert wurde, auf die öffentliche Meinung einzuwirken, um die Allgemeinheit für den Gedanken der Wiedereingliederung der aus der Strafhaft Entlassenen zu gewinnen (mitgeteilt von Lehmann in ZStW 51 (1931), 549).

3) von Stackelberg in Deutsche Beiträge, S. 186

bei Gewerbetreibenden, wenn eine gewerberechtlich vorgeschriebene Erlaubnis, wie etwa die Erlaubnis zur Ausübung des Gewerbes eines Pfandleihers (§ 34 GewO) oder der entgeltlichen Bewachung (§ 34a GewO) oder zum Betriebe einer Gast- oder Schankwirtschaft (§§ 1, 2 Abs.1 GaststättenG), versagt werden muß oder infolge persönlicher Unzuverlässigkeit, welche durch die Vorstrafe zutage getreten ist, zurückgenommen werden kann (z.B. § 12 Abs.2 Ziff.1 GaststättenG). Ferner kann eine Vorstrafe die Erteilung der Fahrerlaubnis hindern (§ 2 Abs.1 S.2 StVG) oder die Entziehung der Fahrerlaubnis bewirken (§ 4 StVG). Eine Vorstrafe kann weiterhin zur Versagung einer Reisegewerbekarte (§ 57 Abs.1 GewO), eines Jagdscheines (§ 17 Abs.2 BJagdG) oder Waffenscheines (§ 15 WaffG) oder zur Aberkennung des Doktortitels[1] führen.

3. Die gesetzlichen Folgen

Als gesetzliche Folge, d.h. als Folge, die ein Gesetz unmittelbar an die Tatsache der Verurteilung knüpft, ist an erster Stelle zu erwähnen, daß die strafgerichtlichen Verurteilungen im Rahmen der Registerpflichtigkeit im Strafregister (§ 2 StRegVO) eingetragen werden[2] oder, soweit es sich um Verkehrsstraftaten handelt, in der Verkehrssünderkartei (§ 6a StVG). Bei Beamten bringen bestimmte schwere Vorstrafen das Beamtenverhältnis ipso iure zum Erlöschen (§§ 48 BBG, 59 LBG NRW)[3]. Nach § 1676 BGB verwirkt ein Elternteil die elterliche Gewalt, wenn er wegen einer an dem Kind verübten vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von zumindest sechs Monaten verurteilt worden ist.

---

1) von Stackelberg in Deutsche Beiträge, S. 188

2) H. Mayer, § 63 III (S. 377)
von Stackelberg in Deutsche Beiträge, S. 184
a.A. Hartung (Das Strafregister, Einl. B I, S. 12), der unter gesetzliche Folgen nur solche faßt, die eine Strafe oder eine kraft Gesetzes eintretende Ehrenminderung enthalten, insbesondere Ehrenfolgen; diese sind jedoch weniger Folgen als vielmehr Bestandteil der Verurteilung selbst.

3) Vgl. auch § 24 DRiG

C. Die Bedeutung der Vorstrafe in einem neuerlichen Strafverfahren

In einem neuerlichen Strafverfahren kann die Vorstrafe als solche oder in ihrer speziellen, konkreten Art unter den verschiedensten Gesichtspunkten von Bedeutung sein. Einerseits kann sie in materiell-rechtlicher Hinsicht sich strafbegründend oder straferschwerend auswirken, andererseits kann ihr eine wichtige, rein prozessuale Funktion, etwa als Indiz, Vereidigungsverbot usf. zukommen.

1. Die strafrechtliche Bedeutung der Vorstrafe

a) Die Vorstrafe als Tatbestandsmerkmal oder als tatbestandsausfüllende Tatsache bei den sog. Vorstrafendelikten

Abgesehen von den Rückfalldelikten[1] sind in § 245a Abs.1 StGB bestimmte Vorstrafen Tatbestandsmerkmal[2]. Nach § 245a Abs.1 StGB wird nämlich wegen Besitzes von Diebeswerkzeug bestraft, wer wegen schweren Diebstahls, Diebstahls im Rückfall, Raubes, gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Hehlerei oder Hehlerei im Rück-

---

1) Siehe dazu des näheren unten S. 17f.
Als Tatbestandsmerkmal werden die rückfallbegründenden Vorstrafen angesehen von
RG, Urt.v.16.3.1920, in RGSt 54, 274 (277)
BGH, Urt.v.25.10.1951, in NJW 1952, 230
BGH, Urt.v.19.5.1953, in NJW 1953, 1358
BGH, Urt.v.21.2.1956, in NJW 1956, 837
BGH, Urt.v.7.5.1958, in GA 1958, 368
OLG Hamm, Beschl.v.24.10.1950, in NJW 1950, 958
OLG Celle, Urt.v.21.5.1958, in NdsRpfl 1958, 218
BayObLG, Urt.v.31.5.1963, in NJW 1963, 1559
Maurach: BT, § 26 IV B 1 (S. 202)
Mezger: Strafrecht II, § 47 III (S. 136)
Jagusch in LK II, § 244 Anm. 1
Schönke-Schröder, § 244 Anm. 13
Schäfer in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 244 Anm. 4
Hartung in NJW 1950, 939
Franzheim in NJW 1960, 2039
a.A. Dreher in GA 1953, 136
Welzel, § 48 II (S. 301)
Sträubig in NJW 1960, 1241

2) Gottwald in JR 1950, 109

fall (§§ 243 bis 245, 249 bis 252, 260, 261 StGB) vorbestraft ist. Entscheidend ist die Vorstrafe, nicht ihre Verbüßung[1]. In den StGB-Entwurf 1962 ist eine entsprechende Vorschrift nicht übernommen worden, da § 245a StGB die vermutete Vorbereitungshandlung unter Strafe stellt und damit rechtsstaatlich nicht unbedenklich erscheint[2].

Eine Vorstrafe kann ferner bei verschiedenen Delikten Voraussetzung der strafbaren Handlung sein, wenn nämlich die Vorstrafe im Einzelfall den Tatbestand ausfüllt und ihn näher konkretisiert[3]. Das geschieht besonders in den Fällen, in denen das Verschweigen oder fälschliche Behaupten der Vorstrafe als solcher dem Angeklagten gerade zum Vorwurf gemacht wird, wenn er also z.B. vor Gericht bei einer Vernehmung als Zeuge - obschon vorbestraft - uneidlich oder unter Eid sich als nicht bestraft bezeichnet hat (§§ 153f. StGB) oder wenn er durch Verschweigen seiner Vorstrafe - soweit ihn eine Offenbarungspflicht traf[4] - oder durch wahrheitswidrige Bezeichnung als unbestraft einen Anstellungsbetrug begangen hat (§ 263 StGB)[5] oder wenn er einen unbescholtenen Dritten fälschlicherweise einen Vorbestraften ge-

---

1) Jagusch in LK II, § 245a Anm. 2

2) Amtl. Begründung zum StGB-E 1962 (Bundesratsdrucksache 200/62), S. 400
So hat das LG Heidelberg (Urt.v.3.10.1958 in NJW 1959, 1932) die Beweisregel des § 245a StGB als unvereinbar mit den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und der Menschenrechtskonvention bezeichnet. Das OLG Braunschweig dagegen hat § 245a StGB mit Art.6 Abs.2 MRK für vereinbar erklärt (Urt.v. 11.4.1963 in JR 1963, 352); ebenso Woesner in NJW 1961, 1384.

3) vgl. Grau, aaO., S. 126

4) Zum Umfang der Pflicht, bei Bewerbungen Vorstrafen anzugeben, siehe BAG, Urt.v.5.12.1957, in JZ 1958, 511 (512)

5) RG, Urt.v.27.4.1931, in RGSt 65, 281 (282)
RG, Urt.v.20.2.1933, in JW 1933, 1331
BGH, Urt.v.31.8.1955, in GA 1956, 121
OLG Kiel v.30.9.1946, in SchlHA 1946, 502
Wolff in MBlGerGefEntl. 12 (1936/37), 135
Lenz, S. 76
vgl. auch Weimar in RiA 1962, 325

nannt hat (§§ 185ff. StGB)[1]. Ferner macht sich strafbar, wer eine Vorstrafe falsch bzw. nicht ordnungsgemäß behandelt, z.B. der Beamte, der die Vollstreckung einer Strafe, die zur Bewährung ausgesetzt ist, anordnet (§ 345 StGB), oder der Strafregisterführer, der die Vorstrafe seines Bekannten falsch einträgt (§ 348 StGB), oder derjenige, der ein polizeiliches Führungszeugnis durch Fortretuschieren eines Vorstrafenvermerks verfälscht (§ 267 StGB).

Vorstrafen können schließlich auch als Mittel der strafbaren Handlung dienen, vor allem in den nicht seltenen Fällen, in denen ein Erpresser jemandem die Bekanntgabe seiner Vorstrafen androht (§ 253 StGB), wobei es allerdings darauf ankommt, ob die Vorstrafen derart sind, daß ihre Bekanntgabe für den Vorbestraften sich als ein empfindliches Übel darstellt; das wird zu verneinen sein, wenn es sich um nicht ehrenrührige und nicht belastende Vorstrafen handelt oder wenn die Vorstrafen schon

---

1) Die Frage, ob nicht auch das wahrheitsgemäße Offenbaren der Vorstrafe eines anderen strafbar ist oder eventuell durch eine besondere Strafbestimmung unter Strafe gestellt werden soll, wie es der Amtliche Entwurf eines Allgemeinen Strafgesetzbuches 1925 in seinem § 289 (Vorwerfen einer strafbaren Handlung in Schmähungsabsicht) vorsah, desgleichen § 321 des StGB-E 1927 (RT-Vorlage Nr.3390 III 1924/27) sowie des StGB-E 1930 (RT-Vorlage Nr.395 V 1930), oder wie es Hartung (in Festschrift für Mezger, S. 513) für wünschenswert erachtet oder Fürst (in DStrZ 8 (1921), Sp.355) speziell für die Offenbarung getilgter Vorstrafen durch Auskunfteien fordert, kann dahin entschieden werden, daß das wahrheitsgemäße Bekunden einer Vorstrafe im einzelnen Falle als Formalbeleidigung (§ 192 StGB) strafbar sein kann, daß aber für das Aufdecken und Verbreiten getilgter Vorstrafen nicht eine besondere Strafvorschrift geschaffen werden muß, da der Schutz der §§ 185ff. StGB als ausreichend angesehen werden darf (Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 25, 30, sowie: Grundprobleme der Kriminalpädagogik, S. 341; Noetzel in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 489); Dünnebier (in JZ 1958, 718) hält ein Schmähungsdelikt wegen des Erfordernisses der Schmähungsabsicht für nicht ausreichend und eine Vorschrift, die auch den bestraft, der vorsätzlich oder fahrlässig eine getilgte Strafe erörtert, für undenkbar. Vgl. auch die Regelungen im ausländischen Recht, in dem im allgemeinen kein zusätzlicher Ehrenschutz gewährt wird, bei Schottelius, aaO., S. 173; in England dagegen wird es als contempt of court geahndet, wenn vor der Urteilsfällung in der Presse Vorstrafen des Angeklagten erörtert werden (Grünhut in ZStW 74 (1962), 332).

publiziert und dadurch allgemein bekannt geworden sind. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß die Vorstrafe in concreto den Tatbestand des jeweiligen Delikts näher kennzeichnet und ausfüllt und daß die Existenz oder die Art der Vorstrafe im Zusammenhang mit dem Verhalten des Täters materiellrechtliche Wirkung hat. Es mag darum auch berechtigt sein, sie kurz als Vorstrafendelikte zu bezeichnen.

b) Die Vorstrafe als Rückfallvoraussetzung

Das geltende Recht mißt dem Rückfall[1] nur in einigen Strafbestimmungen qualifizierende Wirkung bei, und zwar dem ersten Rückfall im StGB in §§ 250 Abs.1 Nr.5, 255 und dem zweiten Rückfall im StGB in §§ 244, 261, 264[2]; es handelt sich um Fälle des gleichartigen Rückfalls[3], bei den §§ 250 Abs.1 Nr.5, 255, 261, 264 StGB sogar um solche des identischen Rückfalls, da dort die Wiederholung desselben Delikts zur Voraussetzung gemacht ist[4]. Erforderlich ist bei diesen Rückfallbestimmungen, daß die Verurteilungen im Inland erfolgt sind (z.B. § 244 StGB) und daß die Vorstrafen mindestens teilweise verbüßt[5] oder erlassen sind (§ 245 StGB). Die Rückfalltat ist in allen Fällen Verbrechen; der Strafrahmen ist gegenüber den Grunddelikten erheblich erweitert. Das schulderhöhende Moment, die höhere Einzeltatschuld, wird in der Mißachtung der Vorbestrafung und der darin zutage getretenen größeren verbrecherischen Neigung gesehen[6].

---

1) Zum Begriff des Rückfalls siehe Dörrbecker, S. 89; Hegg, S. 7off.

2) Rückfallbestimmungen außerhalb des StGB sind z.B. § 4o4 AO, § 146 Abs.1 Nr.2, Abs.2 GewO; siehe des näheren Hartung: Das Strafregister, § 5 StTilgG Anm. 2a)

3) siehe Bockelmann: Studien I, S. 14

4) Hegg, S. 107

5) Im italienischen und französichen Recht ist eine rechtskräftige Vorverurteilung ausreichend (L. Schmidt, S. 153)

6) BGH, Urt.v.8.5.1952, in BGHSt 2, 360 (361)
Jagusch in LK II, § 244 Anm. 1 Dörrbecker, S. 92
Schönke-Schröder, § 244 Anm. 3 Hegg, S. 71

Der StGB-Entwurf 1962 hat sich - wie auch schon die früheren StGB-Entwürfe[1] - für den ungleichartigen Rückfall entschieden[2] und ihn im Allgemeinen Teil bei der Strafzumessung in § 61 als allgemeinen Strafschärfungsgrund geregelt[3]. Ausländische Vorstrafen können wie inländische rückfallbegründend sein (§ 61 Abs.3 StGB-E 1962). Unerheblich ist es, ob die Strafe verbüßt ist[4]. Die erhöhte Tatschuld wird darin gesehen, daß der Täter die früheren Verurteilungen sich nicht hat zur Warnung dienen lassen (§ 61 Abs.1 S.1 StGB-E 1962)[5]. Voraussetzung ist deshalb, daß zwischen den einzelnen Taten ein innerer Zusammenhang besteht[6].

c) Die Vorstrafe als formelle Voraussetzung der allgemeinen Strafschärfungsvorschrift des § 20a Abs.1 StGB.

Durch § 20a StGB - eingefügt in das StGB aufgrund des sog. Gewohnheitsverbrechergesetzes vom 24. November 1933[7] - ist für die schwere Kriminalität praktisch der ungleichartige Rückfall unter erhöhte Strafe gestellt. Aber nur für § 20a Abs.1 StGB sind zwei Vorstrafen von mindestens sechs Monaten Gefängnis oder Zuchthaus wegen eines Verbrechens oder eines vorsätzlichen Vergehens erforderlich, auf deren Vollstreckung es nicht ankommt[8] und die auch durch ein ausländisches Gericht ausgesprochen sein

---

1) Hagemann in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 999

2) Gegen die gleiche Regelung im StGB-E 1960: Dörrbecker, S. 159
Stock in Festschrift für Nottarp, S. 152
Bindokat in ZStW 71 (1959), 291

3) Dörrbecker, S. 149 Lang-Hinrichsen, aaO., S. 66

4) Bindokat in ZStW 71 (1959), 281

5) Nicht ganz erklärlich ist es dann, daß für die Rückfallverjährung des § 61 Abs.2 StGB-E 1962 der Zeitpunkt der früheren Tat entscheidend ist, wenn doch der erhöhte Schuldvorwurf in der Mißachtung der Warnung durch die frühere Verurteilung (!) gesehen wird.

6) Amtl. Begründung zum StGB-E 1962 (Bundesratsdrucksache 200/62), S. 182 Dörrbecker, S. 151

7) RGBl I 995

8) RG, Urt.v.31.5.1934, in RGSt 68, 214 (216)
Jagusch in LK I, § 20a Anm. III 1a)
Kohlrausch-Lange, § 20a Anm. IV 1a)

können (§ 20a Abs.4 StGB), während es für § 20a Abs.2 StGB genügt, daß jemand mehrfach straffällig geworden ist, d.h. mindestens drei vorsätzliche Taten begangen hat, ohne daß er deswegen schon bestraft zu sein braucht[1]. Das Erfordernis der Vorstrafen für die Anwendung der allgemeinen Strafschärfungsvorschrift des § 20a Abs.1 StGB ist aber lediglich formelle Voraussetzung[2]; entscheidende materielle Voraussetzung ist die Feststellung, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, daß er einen inneren Hang zur Begehung von Rechtsbrüchen besitzt[3]; im Rahmen dieser Feststellung sind jedoch wiederum die Vorstrafen zu berücksichtigen, weil die abgeurteilten Vortaten symptomatisch sein, d.h. den Täter als Gewohnheitsverbrecher kennzeichnen müssen[4]; allerdings darf aus der Tatsache der mehrfachen Vorbestrafung allein nicht auf die Gewohnheitsverbrechereigenschaft geschlossen werden[5].

Im StGB-Entwurf 1962 ist auf eine dem § 20a StGB entsprechende Vorschrift verzichtet worden, da seine Vereinbarkeit mit dem Schuldstrafrecht seit je umstritten ist[6] und da in § 61 StGB-E

---

1) In der Praxis sind die Verurteilungen aus § 20a Abs.1 StGB gegenüber denen aus § 20a Abs.2 StGB die viel zahlreicheren; ihr Verhältnis betrug bei den Erwachsenen in NRW im Jahre 1958 "5:1", im Jahre 1959 "9:1" (berechnet aus den Angaben des Statistischen Landesamtes Nordrhein-Westfalen in Heft 123, S. 12 und Heft 134, S. 12).

2) Schönke-Schröder, § 20a Anm. 19
Jagusch in LK I, § 20a Anm. III 1

3) RG, Urt.v.19.4.1934, in RGSt 68, 149 (156)
Hellmer in NJW 1962, 2042
vgl. auch Bockelmann: Studien II, S. 49

4) Maurach: AT, § 64 II B 2 (S. 681)
Schönke-Schröder, § 20a Anm. 36

5) RG, Urt.v.25.9.1934, in JW 1934, 2912 Nr.9
Gerland in Festschrift für Rudolf Hübner, S. 26
Hellmer in NJW 1962, 2042

6) Maurach: AT, § 64 I B 1 (S. 674f.)
Baumann: AT, § 42 IV 1 b (S. 565)
Jagusch in LK I, Vorbem. B IV 1 b) vor § 13
Schönke-Schröder, § 20a Anm. 1 Lang-Hinrichsen, aaO., S.64f.
Sax (aaO., S. 947) hält § 20a StGB wegen Verletzung des in Art. 1 GG mitverankerten Prinzips der Einzeltatschuld für uneingeschränkt verfassungswidrig; dagegen ausführlich und überzeugend Stree: Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 56-61

1962 der ungleichartige zweimalige Rückfall ohnehin unter erhöhte Strafe gestellt ist[1].

d) Die Vorstrafe als allgemeiner Strafzumessungsgrund

Eine große Bedeutung kommt den Vorstrafen im Rahmen der Strafzumessung zu[2]. Während der Gesetzgeber in der Festlegung der einzelnen Strafrahmen für die jeweilige Normverletzung eine antizipierte Strafzumessung vorgenommen hat[3], ist es Aufgabe des Gerichtes, innerhalb dieses Strafrahmens weiter zu differenzieren, um die gerechte Strafe im Einzelfall zu finden[4]. Hierbei sind vom Gericht die verschiedensten Gesichtspunkte zu berücksichtigen, deren Vielzahl im allgemeinen eingeteilt werden kann in Gründe, die sich auf die objektive Tatseite beziehen (sog. objektive Strafzumessungsgründe), und in Gründe, die sich aus der subjektiven Beziehung des Täters zur Tat ergeben (sog. subjektive Strafzumessungsgründe)[5]. Während die Bestimmung der objektiven Strafzumessungsgründe - wie etwa die Höhe des Schadens, die Art der Tatausführung - weniger problematisch ist, bereitet die Feststellung der subjektiven Strafzumessungsgründe nicht geringe Schwierigkeiten. Letzteres erfordert nämlich eine eingehende Erfassung der Persönlichkeit des Täters, da diese eine entscheidende Berücksichtigung bei der Strafzumessung finden muß[6];

---

1) Dörrbecker, S. 145

2) Abg. Dr. Taucher bei der ersten Beratung des StTilgG in der 118. Sitzung der Nationalversammlung v. 25. 11. 1919 (Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 331, Sten. Ber. S. 3744 D)

3) Schröder in Festschrift für Mezger, S. 426

4) vgl. Peters in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 737

5) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. 41 und 46 vor § 13
Peters: Die kriminalpolitische Stellung, S. 35
Spendel (S. 208) unterscheidet zwischen Tatumständen und personalen Faktoren, Stree (Deliktsfolgen und Grundgesetz, S.62f.) zwischen tat- und täterbezogenen Strafzumessungsgründen.

6) OLG Hamm, Urt.v.25.10.1956, in NJW 1956, 1934
Seelig in Seelig-Weindler, S. 175
Schönke-Schröder, Vorbem. 46 vor § 13
Heinitz in ZStW 63 (1951), 60
Hardwig in ZStW 66 (1954), 248 Bruns in NJW 1956, 244

aus seiner Persönlichkeit heraus kann nämlich erst die subjektive Beziehung des Täters zur Tat erkannt werden[1]. Da die Persönlichkeit weniger absolut als vielmehr relativ im Sinne einer Bezogenheit auf einen gegebenen Zeitpunkt und weniger statisch als vielmehr dynamisch - wenn auch allmählich, nicht plötzlich - zu begreifen ist[2], kann sie nur völlig aus der persönlichen Entwicklung heraus erfaßt werden. Insofern gewinnt das Vorleben des Täters entscheidende Bedeutung[3]. Besonders markante Faktoren im Vorleben des Täters sind dabei etwaige Vorstrafen; sie können erheblich zum Erhellen der Täterpersönlichkeit beitragen[4].

Wenn Mezger[5] behauptet: je persönlichkeitsnäher die Tat, desto größer die Schuld[6], so will er damit sagen: entspricht die Tat der Persönlichkeit[7] - ist also z.B. der Täter der Körperverletzung ein roher, harter, gewalttätiger Mensch -, so ist seine Schuld höher als bei demjenigen, der in einer besonderen Situation gegen Strafgesetze verstoßen hat - z.B. jemanden verletzt hat -, ohne daß man das sonst von ihm erwartet bzw. ihm zuge-

---

1) Seibert in Kriminalpolitische Gegenwartsfragen, S. 149

2) vgl. Mezger: Persönlichkeit, S. 26
Graßberger: Die Strafzumessung, S. 50
Exner, S. 36 Seelig, S. 22

3) Hier wird deutlich, welche Hilfe die Kriminologie, die sich ja besonders mit der Erforschung der kriminellen Täterpersönlichkeit befaßt, gerade bei der Strafzumessung bieten kann (vgl. von Weber: Die richterliche Strafzumessung, S. 23)

4) Hoegel in MschrKrimPsych. 3 (1906/07), 496
Kelz in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 686
Sauer: Allgemeine Strafrechtslehre, § 32 I 3 b (S. 261)
Burchardi-Klempahn: Der Staatsanwalt, Nr. 123
Schäfer-Hellwig, S. 12f. Gottwald in JR 1950, 111
Potrykus in UJ 1952, 468 Huschka in NJW 1954, 788

5) in Festgabe für Reinhard Frank, S. 532

6) zustimmend insbesondere Graßberger: Die Strafzumessung, S. 50ff.

7) Diese versteht Mezger (Persönlichkeit, S. 26) als "gleichartige, für einen bestimmten Zeitpunkt konstante Reaktionsweise eines Individuums gegenüber äußeren Erlebnisreizen".

traut hätte; eine solche persönlichkeitsfremde Tat stellt sich meist als einmalige Entgleisung oder Verfehlung dar und ist deswegen weniger schuldhaft.

Mit Recht weist Sauer[1] demgegenüber darauf hin, daß ein atypisches Verhalten aber gerade auch schulderhöhend gewertet werden kann; denn wenn jemand ein Delikt begeht, das bei seinen persönlichen und seinen Umweltverhältnissen als gänzlich anomal und völlig fernliegend erscheint, so kann das auf einem besonders intensiven verbrecherischen Willen beruhen. Andererseits können auch persönlichkeitsadäquate Taten dann nicht schulderhöhend wirken, wenn sie ein Nachlassen der verbrecherischen Energie erkennen lassen, z.B. wenn ein mehrfach vorbestrafter Dieb sich längere Zeit straffrei geführt hat und dann noch einmal seiner früheren Neigung erliegt.

Kann man folglich die Persönlichkeitsadäquanz nicht immer als zuverlässigen Maßstab für die Höhe der Schuld anerkennen, so muß in der Regel aber doch die persönlichkeitsadäquate Tat als stärker schuldhaft angesehen werden; das bedeutet, daß Vorstrafen, aus denen auf eine negative Persönlichkeit geschlossen werden muß, straferhöhend wirken, wenn die neue Straftat persönlichkeitsadäquat ist, wenn also zwischen ihr und den Vorstrafen ein innerer Zusammenhang besteht[2]. Ein solcher innerer Zusammenhang, der auch im StGB-Entwurf 1962 für die Berücksichtigung von Vorstrafen bei der Rückfallschärfung (§ 61 StGB-E 1962) gefordert wird[3], besteht wohl immer bei einschlägigen[4]

---

1) Kriminologie, S. 321

2) BGH, Urt.v.17.9.1953, mitgeteilt von Dallinger in MDR 1954,18
BGH, Urt.v.22.6.1954, in BGHSt 6, 243 (245/6)
OLG Bremen, Urt.v.29.9.1954, in NJW 1954, 1899
Kleinknecht in KMR, § 267 Anm. 9 B f
Sauer in ZStW 50 (1930), 690, 705 J. Müller, S. 61
Oppler in DJZ 1907, 648 Grau, aaO., S. 127
Händel (in NJW 1954, 1517) verlangt Gleichartigkeit;
a.A. Sieverts (in ZStW 57 (1938), 771), der grundsätzlich die Tatsache, daß der Täter vorbestraft ist, strafverschärfend berücksichtigt wissen will.

3) siehe oben S. 18, Fußnote 6

4) im oben (S.1o) definierten Sinne

Vorstrafen[1], kann aber durchaus auch bei anderen Vorstrafen vorhanden sein, wenn ihnen das gleiche asoziale Begehren und die gleiche schädliche Neigung zugrunde liegt[2].

Als subjektiver Strafzumessungsgrund bzw. als personaler Strafzumessungsfaktor gilt schließlich nicht zuletzt die Strafempfänglichkeit[3]. Die gleiche Strafe kann für den einen viel härter sein als für einen anderen, etwa einen Landstreicher, der sogar froh ist, im Winter ein Dach über dem Kopf zu haben. Bei der Beurteilung der Strafempfänglichkeit eines Täters können Vorstrafen deshalb sehr aufschlußreich sein, wobei allerdings weniger die Verurteilung, sondern die Vollstreckung maßgebend ist, weil die Strafe erst im Vollzug in ihrem ganzen Ausmaß als Übel empfunden wird; deswegen ist hier auch kein innerer Zusammenhang zwischen Vorstrafe und neuer Straftat erforderlich[4]. Mindestens teilweise vollstreckte Vorstrafen können folglich in der Regel straferschwerend gewertet werden, kommt doch in der erneuten Straffälligkeit fast immer eine Mißachtung und Wirkungslosigkeit der Vorbestrafung zum Ausdruck, die den Täter

---

1) RG, Urt.v.11.5.1925, in JW 1925, 2138 Nr.3
Maurach: AT, § 63 II B 2 b) (S. 669)
Schönke-Schröder, Vorbem. 52 vor § 13
Geier in LR, § 267 Anm. 10 c)

2) OLG Hamm, Urt.v.29.8.1958, in NJW 1959, 305
Graßberger: Die Strafzumessung, S. 58
So will Kleinknecht (in KMR, § 267 Anm. 9 B f) aus einer starken Häufung nichteinschlägiger Vorstrafen schließen, daß der Angeklagte zu Gesetzeswidrigkeiten neigt, und dies straferschwerend berücksichtigen.

3) BGH, Urt.v.10.11.1954, in BGHSt 7, 28 (31)
Jagusch in LK I, Vorbem. B I 5 vor § 13
Schönke-Schröder, Vorbem. 58 vor § 13
Graßberger: Die Strafzumessung, S. 67ff.
Seelig in Seelig-Weindler, S. 178f.
Baumann: AT, § 42 I 4 b (S. 560)
Stree: Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 70
Gürtner in DJ 1939, 816
Wimmer in NJW 1947/48, 129
Hardwig in ZStW 66 (1954), 248

4) Graßberger: Die Strafzumessung, S. 73

als weniger strafempfänglich erscheinen läßt, vorausgesetzt die Vorstrafen waren erheblich und liegen nicht zu weit zurück[1].

e) Die Vorstrafe als Beurteilungsgrund für die Anordnung von Maßregeln der Sicherung und Besserung

Für die Entscheidung, ob bei einem Angeklagten Maßregeln der Sicherung und Besserung (§ 42a StGB) angeordnet werden müssen[2], können gewisse Vorstrafen wertvolle Anhaltspunkte liefern und zur wesentlichen Beurteilungsgrundlage werden[3]. Sie beleuchten in vielen Fällen die Gesamtpersönlichkeit des Täters und lassen so erkennen, ob die Allgemeinheit durch eine Maßregel der Sicherung und Besserung vor dem Angeklagten geschützt werden muß - vor allem in den Fällen der §§ 42b, 42e, 42l, 42m StGB - oder ob eine solche Maßnahme erforderlich ist, um den Angeklagten an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen (§§ 42c, 42d StGB). Ist ein Angeklagter wegen eines gleichartigen Delikts, das die Anordnung einer Maßregel der Sicherung und Besserung zuläßt, z.B. ein- oder mehrmals wegen einer Rauschtat (§ 330a StGB) oder wegen Landstreicherei (§ 361 Nr.3 StGB), vorbestraft, so werden diese Vorstrafen das Gericht, das nun die Anordnung einer Maßregel (z.B. §§ 42c, 42d StGB) erwägt, in seinem Vorhaben sicher bestärken. Die Vorstrafen dürfen jedoch nicht schematisch herangezogen werden[4], sondern maßgeblich ist in erster Linie die der Vorstrafe jeweils zugrunde liegende Straftat, der nur eine Indizfunktion zukommt, in zweiter Linie dann erst die Wirkungslosigkeit der Vorbestrafung.

---

1) BGH, Urt.v.10.11.1953, in BGHSt 5, 124 (131)
vgl. Kleinknecht in KMR, § 267 Anm. 9 B f

2) Nur im Fall des § 42 l StGB steht die Entscheidung im pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts (Schönke-Schröder, Vorbem. 4 vor 42a).

3) vgl. Kern: Strafverfahrensrecht, § 25, 2 a) (S. 94)

4) vgl. Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 15

f) Die Vorstrafe als Hinderungsgrund für die Anordnung einer Strafaussetzung zur Bewährung

Strafaussetzung zur Bewährung darf nur gewährt werden, wenn die Persönlichkeit des Verurteilten und sein Vorleben erwarten lassen, daß er unter dem Eindruck der Strafaussetzung nicht mehr straffällig wird (§ 23 Abs.2 StGB). Weist das bisherige Leben des Angeklagten Vorstrafen auf, so läßt dieser Umstand - für sich betrachtet - nur eine negative Prognose zu. Führt die Gesamtbeurteilung trotzdem zu einer an sich günstigen Erwartung, so kommt eine Strafaussetzung doch nicht in Betracht, wenn ein zwingender gesetzlicher Versagungsgrund entgegensteht (§ 23 Abs.3 StGB). Ein solcher Versagungsgrund liegt vor, wenn der Verurteilte in den letzten fünf Jahren vor Begehung der Tat - abzüglich der Zeit, in der er sich auf behördliche Anordnung nicht in Freiheit befand (§ 23 Abs.4 StGB) - im Inland zu Freiheitsstrafen von insgesamt mehr als sechs Monaten verurteilt worden war (§ 23 Abs.3 Nr.3 StGB) oder wenn in diesem Zeitraum ihm die Vollstreckung einer inländischen Freiheitsstrafe zur Bewährung oder im Gnadenwege ausgesetzt worden war (§ 23 Abs.3 Nr.2 StGB).
Im StGB-Entwurf 1962 sind die Versagungsgründe teils verschärft, teils gemildert: Es genügen Vorstrafen in Höhe von insgesamt mehr als drei Monaten Freiheitsstrafe, um die Strafaussetzung auszuschließen (§ 72 Abs.2 Nr.1 StGB-E 1962), dagegen ausgesetzte Freiheitsstrafen nur dann, wenn die Tat in der Bewährungszeit begangen ist (§ 72 Abs.2 Nr.2 StGB-E 1962).

2. Die strafprozessuale Bedeutung der Vorstrafe

a) Die Vorstrafe als Prozeßhindernis

Prozeßvoraussetzung ist, daß der Angeklagte wegen der ihm jetzt zur Last gelegten Tat nicht schon einmal rechtskräftig verurteilt worden ist (Grundsatz "ne bis in idem", Art. 103

Abs.3 GG)[1]. Eine Vorstrafe, die wegen derselben strafbaren Handlung verhängt worden ist - wobei es auf die Identität von Person und Tat, nicht auf die gleiche rechtliche Beurteilung ankommt[2] -, ist deshalb ein Prozeßhindernis und führt zur Einstellung des Verfahrens (§§ 206a, 260 Abs.3 StPO).

b) Die Vorstrafe als entlastende Beweistatsache

Behauptet jemand, ein Dritter habe eine strafbare Handlung begangen, und wird er deshalb wegen §§ 185ff. StGB angezeigt und angeklagt, so gilt der Beweis der Wahrheit als erbracht, wenn der Dritte wegen der ihm vorgeworfenen Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist (§ 190 S.1 StGB). Die Vorstrafe bedeutet in jedem Falle eine Entlastungstatsache, über die Beweis erhoben werden muß; denn selbst wenn trotz des gelungenen Wahrheitsbeweises eine Formalbeleidigung (§ 192 StGB) übrig bleibt, kann der Wahrheitsbeweis doch für die Strafzumessung von Bedeutung sein[3].

In den StGB-Entwurf 1962 ist eine dem § 190 StGB entsprechende Vorschrift nicht aufgenommen, weil diese Vorschrift verfahrensrechtlicher Natur ist[4].

---

1) Peters: Strafprozeß, § 53 II 1. c) (S. 395)
Kern: Strafverfahrensrecht, § 50 B (S. 189)
Eb. Schmidt: I, Nr.164
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 264 StPO, Anm. 3
Schorn: Der Schutz der Menschenwürde, S. 90

2) Auf die umfangreichen und schwierigen Fragen der Rechtskraft und der Identitätsfeststellung im einzelnen kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Siehe statt aller Peters: Strafprozeß, § 53 (bes. S. 396-404), und Eb. Schmidt: I, Nr.164, 229ff.

3) RG, Urt.v.18.2.1930, in RGSt 64, 9 (11)
BGH, Beschl.v.12.2.1958, in NJW 1958, 797 (798)
OLG Hamm, Urt.v.2.12.1952, in JMBl NRW 1953, 139
Schönke-Schröder, § 185 Anm. 21
Schaefer in LK II, § 190 Anm. I 2 b)
Schwarz-Dreher, § 192 Anm. 1 B
Maurach: BT, § 19 II B 3 b) (S. 140)

4) Amtl. Begründung zum StGB-E 1962 (Bundesratsdrucksache 200/62), S. 313

c) Die Vorstrafe als Indiz zur Überführung des Angeklagten

Zur Überführung eines Angeklagten, zum Nachweis seiner Täterschaft, werden gar nicht selten - teils bewußt, teils wahrscheinlich auch unbewußt - seine Vorstrafen als Indiz verwertet[1]. Einem Vorbestraften traut man eine erneute strafbare Handlung eben eher zu als einem Nichtbestraften[2]. Die Vorstrafen können deshalb sehr leicht zu einer Voreingenommenheit der Richter, besonders der Laienrichter[3], führen, so daß eine Beachtung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung[4], der in Art.6 Abs.2 MRK ausdrücklich festgestellt ist[5], nicht immer gewährleistet zu sein scheint.
Die Behauptung, daß Vorstrafen als Beweisindiz sich sehr stark auswirken, wird besonders auf die unterschiedlichen Freispruchsquoten der Rückfalldelikte und der entsprechenden Grunddelikte gestützt; die außerordentlich niedrige Freispruchsquote des Rückfalldeliktes lasse sich, da dieses - abgesehen von der Vorbestrafung - sich tatbestandsmäßig nicht vom Grunddelikt unterscheide und deshalb die Beweisschwierigkeiten nicht geringer sein können, nur dadurch erklären, daß in den Fällen, in denen mit den übrigen zur Verfügung stehenden Beweismitteln eine Überführung des Angeklagten noch nicht gelungen, schließlich die Tatsache der Vorbestrafung ausschlaggebend gewesen sei, um das Gericht von der Täterschaft des Angeklagten doch zu überzeugen[6]. Wenn auch gegen diese Ansicht Bedenken insofern zu erheben sind,

---

1) Graf von Pestalozza in DR 1939, 111

2) Klee in ZAkDR 1937, 551

3) Graf von Pestalozza in DR 1939, 111;
demgegenüber lehnt Eckel (in DJ 1939, 1453) die Annahme einer psychologischen Beeinflussung der Richter durch die Erörterung der Vorstrafen entschieden ab mit der wenig überzeugenden Begründung, daß das bedeuten würde, ihre Eignung als Richter schlechthin in Frage zu stellen; ähnlich Bepler in DR 1939, 763.

4) Graf von Pestalozza in DR 1939, 112
Sax, aaO., S. 986ff.

5) Wiebringhaus, S. 30

6) Grau in DJ 1937, 1530 Weber, S. 67
Bepler in DR 1939, 763

als eigentlich genau genommen die Quoten der rückfälligen Täter und die Quoten derjenigen, die erstmalig vor Gericht standen und verurteilt wurden[1], verglichen werden müßten, so ist die Argumentation im übrigen doch überzeugend. Nur ist es heute so, daß zwischen den Freispruchsquoten der Rückfalldelikte und der entsprechenden Grunddelikte gar kein oder kein nennenswerter Unterschied besteht[2] und daß damit der obigen Argumentation, die früher berechtigt gewesen sein mag[3], die Grundlage entzogen ist. Ob diese Entwicklung[4] dadurch bedingt ist, daß die Richter sich heutzutage durch die Vorstrafen nicht beeinflussen

---

1) Diese sind zahlenmäßig keineswegs identisch mit den aus dem Grunddelikt Verurteilten, weil letztere schon vorbestraft, ja sogar einschlägig vorbestraft (außer im Falle des § 250 Abs.1 Nr.5 StGB) sein können.

2) Die Freispruchsquoten bei den Rückfalldelikten und den entsprechenden Grunddelikten in der Bundesrepublik (ohne Saarland und Berlin) in den Jahren 1959 und 1960:

StGB	Abgeurteilte Personen 1959	1960	Freispruchsquoten 1959	1960
§§ 242, 243	75.635	74.273	6,0 %	5,6 %
§ 244	9.246	8.878	8,2	8,2
§§ 249 - 255[x]	1.634	1.692	8,7	9,3
§ 250 Abs.1 Nr.5	11	9	9,1	0,0
§§ 259, 260	7.149	6.444	17,6	16,9
§ 261	50	40	20,0	17,5
§ 263	48.851	46.190	13,3	12,6
§ 264	5.775	5.786	13,3	14,4

x) ohne §§ 250 Abs.1 Nr.5, 253

Die Zahlen sind entnommen oder berechnet aus den Angaben des Statistischen Bundesamtes in Rechtspflege 1959, S. 30-33, und Rechtspflege 1960, S. 30-33

3) Weber, S. 68

4) Aus der von Weber (S. 67) aufgestellten tabellarischen Übersicht, die die Statistiken der Jahre 1882, 1900, 1920, 1936, 1951 auswertet, ergibt sich eindeutig, daß in den ersten drei genannten Jahren - also bis 1920 - eine erhebliche Differenz zwischen den Freispruchsquoten der Rückfalldelikte und der entsprechenden Grunddelikte bestand, die sich allerdings verringerte, so daß in den Jahren 1936 und 1951 die Freispruchsquoten schon sehr angenähert waren, im Jahre 1936 die Freispruchsquote des Rückfalldiebstahls sogar geringfügig höher war als die des einfachen und schweren Diebstahls.

lassen, oder dadurch, daß diese Beeinflussung etwa kompensiert wird durch eine gewisse Scheu, für Taten, deren schädigender Erfolg vielleicht minimal ist, die hohen Rückfallstrafen auszuwerfen, und durch die besonders hohen Anforderungen, die die Richter deshalb in diesen Fällen an die Beweisführung stellen, vermag hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls ist es heute nicht mehr möglich, aus der Höhe der Freispruchsquoten herzuleiten, daß Vorstrafen als Indiz zur Überführung des Angeklagten übermäßig verwertet werden oder daß die Kenntnis der Vorstrafen bei den Richtern eine Voreingenommenheit gegenüber dem Angeklagten bewirkt. Damit soll nun nicht gesagt sein, daß die Vorstrafe als Indiz zur Überführung des Angeklagten keine Rolle spielt; in Einzelfällen ist die Bedeutung einer Vorstrafe als Beweismittel gar nicht von der Hand zu weisen. Wenn ein Angeklagter allerdings lediglich das gleiche Rechtsgut schon einmal verletzt hat, so ist das zwar ein Indiz, dem aber keine wesentliche Bedeutung beigemessen werden kann[1]. Hat aber ein Angeklagter schon einmal oder mehrmals die gleiche strafbare Handlung in speziell derselben Art begangen, indem er immer dieselbe Methode, den gleichen Trick[2], angewendet hat, weil er damit Erfolg gehabt hat und vielleicht nicht geschickt genug ist, die Methode zu ändern, so ist dies ein stark belastendes Indiz, das in einem neuerlichen Verfahren beachtet werden muß (sog. Methodenlehre[3])[4]. Ist es

---

1) Graßberger: Psychologie des Strafverfahrens, S. 114

2) dazu Schneickert in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 834

3) Graßberger: Psychologie des Strafverfahrens, S. 115
Schäfer-Hellwig, S. 13 Gottwald in JR 1950, 110
vgl. schon Olshausen, S. 3, sowie von Liszt in JW 1917, 172

4) Dies wurde in der 21. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 29. 3. 1962 bei der Beratung über die Vorstrafenfeststellung in der Hauptverhandlung (§ 243 Abs.4 S.2/3 StPO des RegEntw.) von den Abg. Jahn (s. Sten.Prot. S. 16) und Frau Dr. Diemer-Nicolaus (s. Sten.Prot. S.11) bestritten, die eine Verwertung der Vorstrafen als Indiz energisch ablehnten, während die Abg. Dr. Müller-Emmert (s. Sten.Prot. S. 13) und Benda (s. Sten.Prot. S. 14/15) sowie Min.Rat Dr. Kleinknecht vom Bundesjustizministerium (s. Sten. Prot. S. 10) die Bedeutung der Vorstrafe als Erkenntnismittel und als Indiz eindeutig bejahten, und zwar ausdrücklich unter Hinweis auf die sog. Methodenlehre.

(Fortsetzung der Fußnote auf S. 30)

also verfehlt, der Vorstrafe jegliche Indizfunktion abzusprechen, weil die gleichartige Ausführung der der Vorstrafe zugrunde liegenden Tat, insbesondere wenn sie sehr selten und ausgefallen ist, den wegen einer ähnlich verübten Straftat Angeklagten belastet, so muß doch vor einer Überbewertung dieses Indizbeweises gewarnt werden, und sind an diesen Beweis strenge Anforderungen zu stellen.

Die Vorstrafe kann außerdem dann zur Überführung eines Angeklagten beitragen, wenn durch sie die Glaubwürdigkeit des Angeklagten erschüttert wird. Das ist allgemein der Fall, wenn der Angeklagte wegen falscher Aussage o.ä. vorbestraft ist. Ergibt sich ferner aus den Vorstrafenakten, daß er nach Begehung der ihm vorgeworfenen Handlung das gleiche beschönigende und retuschierende Verhalten an den Tag gelegt hat, oder sucht er mit den gleichen, weit hergeholten Entschuldigungsgründen, die ihm schon im früheren Verfahren eindeutig widerlegt wurden, sein Verhalten zu rechtfertigen, so wird das Gericht diese Einlassungen als unglaubwürdige Schutzbehauptungen ansehen und sich dadurch nicht beeinflussen lassen[1]. Das darf jedoch nicht dazu führen, daß der Angeklagte, dessen Behauptungen einmal als unwahr widerlegt wurden, in jeder Hinsicht und für immer als unglaubwürdig behandelt wird oder sogar als besonders tatverdächtig erscheint; die Glaubwürdigkeit kann nur bei gegebenem Anlaß durch die Art der Vorstrafe und die Tatsachen des voraufgegangenen Verfahrens erschüttert und insofern zu verneinen sein.

d) Die Vorstrafe als Indiz zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen

Die Auswertung einer Vorstrafe bei der Beurteilung der Glaub-

---

Auch im englischen Strafprozeß, in dem grundsätzlich die Vorstrafen des Angeklagten nicht als Erkenntnismittel herangezogen werden (Brangsch, S. VI), dürfen die Vorstrafen dann verwertet werden, wenn der Angeklagte sich auf seinen "character" beruft (Brangsch, S. 74, 96; Eckleben, aaO., S. 299).

1) Klee in ZAkDR 1937, 551
Sieverts in ZStW 57 (1938), 771

würdigkeit eines Zeugen ist gesetzlich anerkannt, da in § 68a StPO die Erörterung von Vorstrafen des Zeugen zum Zwecke der Feststellung seiner Glaubwürdigkeit für zulässig erklärt wird[1]. Besonders Vorstrafen, die wegen falscher Aussage vor Gericht (§§ 153ff. StGB) verhängt worden sind, sind geeignet, die allgemeine Glaubwürdigkeit eines Zeugen zu erschüttern[2]. Andererseits muß auch im besonderen Falle die Vorstrafe eines Zeugen dann starke Bedenken gegen die Zuverlässigkeit dieses Zeugen aufkommen lassen, wenn z.B. die damalige Verurteilung maßgeblich auf der Aussage des jetzigen Angeklagten, des damaligen Belastungszeugen, beruhte oder das damalige Verfahren durch den jetzigen Angeklagten eingeleitet worden ist oder vor allem, wenn die Vorstrafe eine strafbare Handlung betraf, die sich gegen den jetzigen Angeklagten richtete[3].
Bei der starken Stellung, die der Zeugenbeweis in unserem Strafverfahren einnimmt, ist es zur Vermeidung von Fehlurteilen wichtig, sich mit der Persönlichkeit des Zeugen zu befassen, dabei die Vorstrafen des Zeugen, die geeignet sind, seine Glaubwürdigkeit zu erschüttern, besonders zu beachten und schließlich gegenüber Aussagen von mehrfach vorbestraften Zeugen allgemein skeptisch zu sein[4].

e) Die Vorstrafe als Ursache eines Vereidigungsverbotes

Eine Vorstrafe kann ferner eine ausschlaggebende Bedeutung haben bei der Entscheidung der Frage, ob ein Zeuge oder Sachverständiger vereidigt werden darf. Ist ein Zeuge oder Sachverständiger wegen Meineids vorbestraft und ihm im Urteil die Fähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich auszusagen, aberkannt worden, so ist von seiner Vereidigung abzusehen (§§ 60

---

1) Dies gilt auch im englischen Strafprozeß (Brangsch, S.74, Fußnote 22).

2) vgl. auch Peters: Zeugenlüge und Prozeßausgang, S. 303

3) siehe des näheren unten S. 112

4) Peters: Zeugenlüge und Prozeßausgang, S. 105, 117

Nr.2, 72 StPO)[1]. Die Vereidigung ist ebenfalls ausgeschlossen, wenn der Zeuge oder Sachverständige als Mittäter oder Teilnehmer der dem Angeklagten jetzt zur Last gelegten Tat oder wegen Begünstigung oder Hehlerei an ihr vorbestraft ist (§§ 60 Nr.3, 72 StPO). Die Vorstrafe wirkt sich in diesen Fällen als absolutes Vereidigungsverbot aus.

II. Die Rehabilitation

A. Der Begriff der Rehabilitation

Unter Rehabilitation[2] im iuristischen Sinne[3] versteht man einerseits die Wiederverleihung verlorener Rechte[4] (Rehabilitation im engeren Sinne), andererseits allgemein die Beseitigung des Strafmakels (Rehabilitation im weiteren Sinne)[5]. Ziel und Inhalt der Rehabilitation ist die Resozialisierung, d.h. die Wiedereingliederung des Vorbestraften in die Gesellschaft[6],

---

1) Die Berechtigung dieser Vorschrift ist umstritten. Peters (Rehabilitierung Straffälliger, S. 14) z.B. fordert ihre Beseitigung. Siehe des näheren unten S. 106ff.

2) In seiner ethymologischen Bedeutung wird das Wort Rehabilitation (habilis = fähig) wohl am treffendsten wiedergegeben als "Wiederbefähigung" (Schiller, S. 9; Meyer-Velde, S. 4).

3) Aus dem neueren Schrifttum zur Rehabilitation seien genannt:
Kohlhaas: Die Rehabilitierung Straffälliger in DRiZ 1957, 177
Peters: Rehabilitierung Straffälliger, Gutachten für den 42. DJT. (1957), sowie: Grundprobleme der Kriminalpädagogik (1960), § 21 (Die Rehabilitation), S. 334ff.
Hartung: Das Strafregister (1963), Einleitung B (Die Rehabilitation), S. 9ff.
sowie die Dissertationen von Meyer-Velde (Göttingen 1957) und Schacht (Hamburg 1955), jeweils mit weiteren Hinweisen.

4) z.B. die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter, die Fähigkeit, als Zeuge eidlich vernommen zu werden, im Kanton Appenzell I.-Rh. auch die Fähigkeit, an Schützenfesten teilzunehmen (Schiller, S. 76)

5) Bumke in Stier-Somlo-Elster, Band IV, S. 774 M. Weiß, S. 4
Grau-Schäfer, S. 61f. Süß, aaO., S. 116
Kohlhaas in DRiZ 1957, 178 Dünnebier in JZ 1958, 713
vgl. Oetker in GerS 70 (1907), 367

6) Peters: Strafprozeß, § 79 II (S. 556), sowie: Jugendstrafrecht, S. 114 Schottelius, aaO., S. 147

und der Schutz seiner erlangten Rechtsposition in ihr. Die Rehabilitation will die rechtlichen Nachwirkungen der Verurteilung beseitigen und dem Verurteilten wieder die rechtliche Stellung eines Nichtverurteilten verschaffen[1].

B. Die gesetzliche Regelung der Rehabilitation

Das Institut der Rehabilitation, das zuerst in Frankreich seine Ausprägung fand[2] und dessen Einführung für Deutschland Anfang dieses Jahrhunderts besonders von Delaquis[3] immer wieder gefordert wurde, ist im Jahre 1920 für den Gesetzgeber endlich der Anlaß zur Schaffung des Straftilgungsgesetzes[4] gewesen. Darin vollzieht sich die Rehabilitation sozusagen in zwei Stufen[5]: mit der Anordnung der beschränkten Auskunft kann nur noch ein beschränkter Kreis von Behörden neben den Gerichten Auskunft über die Vorstrafen aus dem Strafregister verlangen (§ 4 Abs.1 StTilgG) und darf sich der Vorbestrafte gegenüber privaten Personen und Stellen[6] als unbestraft bezeichnen (§ 4 Abs.5

---

1) Peters: Strafprozeß, § 79 II (S. 556); Rehabilitierung Straffälliger, S. 3; Grundprobleme der Kriminalpädagogik, § 21 II (S. 336)
vgl. auch BGH, Urt.v.25.10.1951, in NJW 1952, 230 (231)

2) siehe des näheren: Wachenfeld in GA 54 (1907), 163
Delaquis: Die Rehabilitation Verurteilter, S. 55; Die Rehabilitation im Strafrecht, S. 13ff.; in MittIKV 13 (1906), 149ff.
von Liszt-Schmidt, § 78 II 1 (S. 459)
Kelz in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 690
Hartung: Das Strafregister, Einleitung B II (S. 13)
Schottelius, aaO., S. 153

3) Die Rehabilitation Verurteilter, S. 49, 56
Die Rehabilitation im Strafrecht, S. 220
vgl. von Liszt in JW 1917, 322 Schottelius, aaO., S. 149

4) vom 9. April 1920 (RGBl I 507), gültig in der Fassung vom 17. 11. 1939 (RGBl I 2254) und vom 30. 3. 1957 (BGBl I 307)

5) vgl. Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 19, sowie: Grundprobleme der Kriminalpädagogik, § 21 III 2 (S. 339)

6) Mit Recht fordert Fleischmann (in JZ 1954, 148), daß dem Verurteilten auch das Recht eingeräumt werden müsse, gegenüber allen (nicht nur privaten) Stellen, denen kein unbeschränktes Auskunftsrecht zusteht, sich als unbestraft zu bezeichnen (vgl. auch Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 21); insofern ist § 4 Abs.5 StTilgG nicht auf § 4 Abs.1 StTilgG abgestimmt.

StTilgG)[1]; mit der Tilgung der Vorstrafe wird der Vermerk über die Vorverurteilung im Strafregister vernichtet (§ 5 Abs.1 S.1 StTilgG) und gilt die Vorstrafe nicht mehr als Bestrafung im Sinne solcher Vorschriften, die im Falle der Vorbestrafung eine schwerere Strafe oder andere Rechtsnachteile androhen (§ 5 Abs.2 StTilgG); der Verurteilte darf sich als unbestraft bezeichnen (§ 4 Abs.4 S.2 StTilgG)[2], auch unter Eid[3] und auch, wenn er nach einer konkreten Straftat, deren Vermerk im Strafregister inzwischen getilgt ist, gefragt wird[4]; entscheidender Zeitpunkt ist trotz des Wortlautes des § 5 Abs.2 StTilgG nicht die tatsächliche Entfernung, Vernichtung oder Unkenntlichmachung eines Strafregistervermerks (§ 25 StRegVO), sondern der Eintritt der Tilgungsreife[5], d.h. der Ablauf der Tilgungsfrist

---

1) eingefügt in das StTilgG durch die Zweite Verordnung zur Änderung des Gesetzes über beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken vom 2o. 8. 1941 (RGBl I 526)

2) eingefügt in das StTilgG durch die Verordnung zur Änderung des Gesetzes über die beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken vom 17. 11. 1939 (RGBl I 2254)

3) BGH, Urt.v.13.11.1953, in NJW 1954, 1127 (1128)
Hartung: Das Strafregister, § 4 StTilgG Anm. 9 b) bb)
Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 4 StTilgG Anm. V 3 a)
Schwarz-Kleinknecht, § 4 StTilgG Anm. 6
Endemann in BB 1955, 509 Kunze in ZBR 1959, 76

4) BGH, Urt.v.13.11.1953, in NJW 1954, 1127 (1128)
Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 4 StTilgG Anm. V 3 a)
a.A. L. Schäfer bei Pfundtner-Neubert, II c § 4 StTilgG
Creifelds in NJW 1953, 718

5) RG, Urt.v.6.10.1921, in JW 1923, 51 (52)
RG, Urt.v.26.10.1923, in RGSt 57, 390 (391)
RG, Urt.v.29.2.1924, in JW 1924, 1755
RG, Urt.v.29.4.1930, in RGSt 64, 146
(überholt: RG, Urt.v.7.7.1921, in RGSt 56, 75 (76)
RG, Urt.v.16.3.1922, in JW 1923, 53)
BGH, Urt.v.23.11.1954, in BGHSt 7, 58 (60)
OLG Hamm, Urt.v.11.5.1950, in JMBl NRW 1950, 164
Hartung: Das Strafregister, § 4 StTilgG Anm. 9 b) aa), § 5 StTilgG Anm. 2 c); sowie in JR 1952, 45
Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 5 StTilgG Anm. II 2 a
Schäfer-Hellwig, § 5 StTilgG Anm. 13
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 5 StTilgG Anm. 4
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, § 81 V 2 (S. 290)

(Fortsetzung der Fußnote auf S. 35)

oder im Falle des § 8 StTilgG die Anordnung der Tilgung[1]. Nach der Tilgung kann das Gericht oder der Staatsanwalt nur aus besonderen Gründen anordnen, daß der Verurteilte über die getilgten Vorstrafen Auskunft zu geben hat (§ 4 Abs.4 S.3 StTilgG)[2]. Die vom Straftilgungsgesetz in erster Linie vorgesehene Art der Rehabilitation ist die "rehabilitation de droit", d.h.: die Rehabilitation tritt nach einer bestimmten Zeit - § 6 StTilgG enthält die Frist für die beschränkte Auskunft, § 7 StTilgG die Frist für die Tilgung - von Rechts wegen ein, wobei aufgrund der in dieser Zeit nicht erfolgten erneuten Bestrafung unwiderleglich das Wohlverhalten des Vorbestraften, das die Rehabilitation allein rechtfertigen kann[3], vermutet wird[4]. Daneben kennt das StTilgG die "rehabilitation gracieuse" in seinem § 8, weil die in dieser Vorschrift bezeichneten Verwaltungsbehörden das Recht haben, vorzeitig die beschränkte Auskunft oder Tilgung anzuordnen[5]. Schließlich findet sich noch die dritte Art, die "rehabilitation judiciaire", in den §§ 97ff. JGG, da dort der Jugendrichter befugt ist, unter bestimmten Voraussetzungen

---

von Liszt-Schmidt, § 78a II 4 b) (S. 466)
Noetzel in Elster-Lingemann, 2. Band, S. 487
von Weber: Grundriß, S. 134
Schönke-Schröder, § 245 Anm. 8
Jagusch in LK II, § 245 Anm. 4
Dallinger-Lackner, § 101 N. 5
Merkel in JW 1923, 52
Wachinger in DJ 1940, 864
Brandstetter in JZ 1955, 171
Meyer-Velde, S. 86

1) Hartung: Das Strafregister, § 8 StTilgG Anm. 1 c

2) vgl. oben S. 34, Fußnote 2

3) Delaquis: Die Rehabilitation Verurteilter, S. 10f., sowie in MschrKrimPsych. 3 (1906/07), 361, und ZStW 27 (1907), 378
Hildenhagen in ZStW 27 (1907), 402
Oetker in GerS 91 (1925), 336
vgl. auch Schottelius, aaO., S. 164

4) Es kommt gleichermaßen auch der Gesichtspunkt einer Strafverbüßungsverjährung zum Ausdruck, die jedoch nur bei weiterer Straflosigkeit eintritt und insofern gerade durch Besserung bedingt ist (Wachenfeld in GA 54 (1907), 178; Kohlrausch in ZStW 41 (1920), 184; Kohlhaas in DRiZ 1957, 178).

5) siehe des näheren Götz in NJW 1963, 1815

(§ 97 JGG) den Strafmakel für beseitigt zu erklären[1], ferner in § 25 Abs.1 S.2 StGB, wonach das Gericht bei Erlaß einer zur Bewährung ausgesetzten Strafe die beschränkte Auskunft anordnen kann, und in § 96 Abs.2 JGG[2], wonach der Richter (Vollstrekkungsleiter) mit der Aussetzung einer Jugendstrafe von höchstens einem Jahr oder mit der Entlassung zur Bewährung bei einer solchen Strafe anordnen muß[3], daß nur noch beschränkte Auskunft erteilt werden darf[4].

Der neue Strafregistergesetzentwurf sieht statt der Zwei- eine Dreistufigkeit vor in Form der Sperre - Tilgung - Vernichtung[5]; dabei soll die Sperre der Anordnung der beschränkten Auskunft, die Tilgung in etwa der Beseitigung des Strafmakels im Jugendstrafrecht entsprechen und mit der Vernichtung die Vorstrafe amtlich als absolut eliminiert angesehen werden[6].

---

1) Die Beseitigung des Strafmakels durch Richterspruch hat aber noch nicht die Wirkung der Tilgung im Sinne des StTilgG (insbesondere § 5 Abs.2), weil die Strafe im Strafregister eingetragen bleibt (§ 100 Abs.2 S.1 JGG), die Beseitigung widerrufen werden kann (§ 101 JGG) und z.B. die rückfallbegründende Wirkung der beseitigten Strafe nicht entfällt (Dallinger-Lackner, § 100 N. 12; Potrykus, § 100 Anm. 4; Grethlein, § 100 Anm. 2); die Beseitigung des Strafmakels durch Richterspruch stellt sich deshalb gleichsam als eine "Tilgung auf Probe" bis zum Ablauf der gesetzlichen Tilgungsfristen dar (Schaffstein, § 43 III 3, S. 198).

2) Zu § 96 JGG siehe die berechtigten kritischen Ausführungen von Pentz in NJW 1957, 821f., sowie Hobbing in UJ 1952, 237; letzterer hält überhaupt eine Strafregistereintragung mit der Idee des Jugendstrafrechts für unvereinbar.

3) Dallinger-Lackner, § 96 N. 14 — Potrykus, § 96 Anm. 2
Schaffstein, § 43 II (S. 196) — Grethlein, § 96 Anm. 3 a)
Schütze, S. 87, Fußnote 9

4) Mit dem Widerruf der Strafaussetzung (§ 26 Abs.2 JGG) oder der Entlassung zur Bewährung (§ 88 Abs.5 S.2 JGG) wird die Anordnung der beschränkten Auskunft gegenstandslos (Dallinger-Lackner, § 96 N. 20; Schaffstein, § 43 II, S.196; Grethlein, § 96 Anm. 3 b).

5) Creifelds in GA 1957, 260 — Kohlhaas in DRiZ 1957, 179
Dünnebier in JZ 1958, 716 — Heuser, aaO., S. 199

6) Creifelds in GA 1957, 261 — Tacik in JR 1957, 327
Dünnebier in JZ 1958, 715

Z w e i t e r H a u p t t e i l

Die Vorstrafenfeststellung und Vorstrafenerörterung in der Hauptverhandlung unter besonderer Berücksichtigung des Rehabilitationsgedankens

Fast in jeder Hauptverhandlung kommen irgendwie Vorstrafen zur Sprache. Die Erörterung der Vorstrafen kann die gesamte Verhandlung durchziehen, angefangen von der Vernehmung des Angeklagten zur Person bis hin zum Schluß der Verkündung der Urteilsgründe, wenn etwa dem Angeklagten die Strafaussetzung wegen der Vorstrafen versagt wird. In der derzeitigen Verfahrenspraxis werden die Vorstrafen allerdings oft in einem solchen Ausmaß festgestellt und erörtert, das in keinem Verhältnis zu der ihnen im Einzelfall dann zukommenden Bedeutung steht[1]; dabei werden die erheblichen Belange des Vorbestraften, vor allem sein Schutz vor unnötiger Bloßstellung, der letztlich in Art.1 Abs.1 GG begründet ist, einfach ignoriert und nicht beachtet. Besonders bei der Erörterung von Vorstrafen, die schon weit zurückliegen und von der Rehabilitation erfaßt werden, prallen die Meinungen der Beteiligten immer wieder aufeinander. Erst hier in der Hauptverhandlung bei der Behandlung der Vorstrafenfrage erweist sich die Wirksamkeit der Rehabilitation oder ihre tatsächliche Wirkungslosigkeit. Die Rehabilitation kann nämlich nicht gewährleistet werden, wenn einerseits nur die Auskunftsbeschränkung und Löschung der Vorstrafe im Strafregister erfolgen oder andererseits nur das richterliche Fragerecht - und damit auch das Fragerecht der übrigen Prozeßbeteiligten - eingeschränkt wird. Es muß vielmehr die Behandlung der Vorstrafe im Strafregister und in der Hauptverhandlung koordiniert werden[2], da durch ein grenzenloses richterliches Fragerecht der mittels Auskunftsbeschränkung und Löschung im Strafregister erstrebte Schutz der Rehabilitation wiederum illusorisch würde. Bei der Ausgestaltung der Vorstrafenfeststellung oder -erörterung in der Hauptverhandlung ist deshalb immer

---

1) vgl. BGH, Urt.v.10.11.1953, in BGHSt 5, 124 (131)
OLG Bremen, Urt.v.12.12.1956, in NJW 1957, 355

2) vgl. Schottelius, aaO., S. 172

der jeweilige Status der Vorstrafe im Strafregister - sei es als unbeschränkt, als beschränkt auskunftspflichtige oder als getilgte Vorstrafe - zu berücksichtigen. Aber nicht erst bei erfolgter Rehabilitation, sondern schon weit vorher tauchen Fragen nach der Erforderlichkeit, Zulässigkeit, Zweckmäßigkeit und Durchführbarkeit der Vorstrafenfeststellung und -erörterung auf. Dabei ist unter Vorstrafenfeststellung genau genommen nur die Feststellung der Vorstrafe, wie sie etwa im Strafregisterauszug enthalten ist, zu verstehen; diese Feststellung reicht aus für die sog. Vorstrafen- und Rückfalldelikte und in den Fällen der §§ 20a Abs.1, 23 Abs.3 StGB, 60 Nr.2 StPO. Unter Vorstrafenerörterung dagegen müssen sowohl die Feststellung der Vorstrafe wie auch die Erörterung der der Vorverurteilung zugrunde liegenden Straftat verstanden werden, welche in den übrigen Fällen, in denen eine Vorstrafe von Bedeutung sein kann, erforderlich ist.

I. Der Angeklagte und seine Vorstrafen

Nach dem derzeitigen Recht ist die Erörterung der Vorstrafen des Angeklagten gesetzlich nicht geregelt, obschon nahezu jeder zweite Angeklagte vorbestraft ist[1] und diesem in der Regel gleich bei der Vernehmung zur Person seine Vorstrafen vorgehalten werden. Im Zuge der Kleinen Strafprozeßrechtsreform soll nun endlich eine gesetzliche Regelung getroffen werden. § 243 Abs.4 S.2 u. S.3 StPO des Reg.-Entwurfes[2], der im Strafrechtsausschuß des Bundestages einstimmig angenommen worden ist[3], lautet nämlich:

> "(2) Vorstrafen des Angeklagten sollen nur insoweit festgestellt werden, als sie für die Entscheidung von Bedeutung sind. (3) Wann sie festgestellt werden, bestimmt der Vorsitzende." 4)

Wenn die Einführung dieser Vorschrift auch schon einen beachtlichen Fortschritt bedeutet, so werden doch damit die Zweifelsfra-

---

1) vgl. oben S. 2, Fußnote 1

2) Bundestagsdrucksachen IV/63 und IV/178

3) 21. Sitzung des Rechtsausschusses vom 29. März 1962, Sten. Prot. Nr. 21, S. 19

4) Bundestagsdrucksache IV/63, S. 10

gen noch keineswegs gänzlich gelöst sein. Der Meinung[1], die in der Einführung des sog. Schuldinterlokutes[2] die alleinige und in jeder Hinsicht zufriedenstellende Lösung sieht, muß aber schon hier entgegengetreten werden, weil sie auf der irrigen Vorstellung beruht, Vorstrafen seien nur für die Strafzumessung, nie für die Schuldfeststellung von Bedeutung. Auch das Schuldinterlokut, das sehr viele Vorteile in sich birgt, dessen Einführung jedoch die Praxis vor manche Schwierigkeiten stellen wird, klärt nicht generell, ob, wann und wie Vorstrafen des Angeklagten zu erörtern sind.

A. Zulässigkeit der Vorstrafenerörterung

1. Im allgemeinen

Da keine gesetzliche Vorschrift der Erörterung der Vorstrafen des Angeklagten entgegensteht, liegt es nahe, diese unbegrenzt für zulässig zu erachten. Wenn zudem die derzeitig noch herrschende Lehre[3] und Praxis[4] die Vorstrafenerörterung als Teil der Vernehmung des Angeklagten zur Person ansieht, kann gar kein Maßstab gefunden werden, nach dem überhaupt über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Erörterung befunden werden kann, da noch nicht einmal der Eröffnungsbeschluß verlesen ist und damit bekannt ist, welches strafbare Verhalten dem Angeklagten eigentlich zur Last gelegt wird. Aber auch wenn zuerst der Eröffnungsbeschluß verlesen ist und dann sogleich das Vorleben des Angeklagten durchleuchtet wird, besteht die Gefahr, daß Vorstrafen festgestellt und erörtert werden, die - wie sich dann später

---

1) Abg. Jahn, 21. Sitzung des Rechtsausschusses vom 29. März 1962, Sten.Prot. Nr. 21, S. 10

2) Die Hauptverhandlung soll in zwei Abschnitte geteilt werden: zunächst soll erörtert und entschieden werden, ob der Angeklagte die Tat begangen hat, sodann gegebenenfalls darüber verhandelt und entschieden werden, wie er zu bestrafen ist.

3) Gerland: Strafprozeß, § 73 I 3 b) (S. 237, Fußnote 391)
Eb. Schmidt: II, § 243 Erl. 18 Henkel, § 50 II 2 (S.224)
Kleinknecht in KMR, § 243 Anm.3 b) Geier in LR, § 243 Anm.3
Schorn: Der Strafrichter, S. 234 Bepler in DR 1939, 764

4) vgl. Peters: Gutachten zum 41. DJT., S. 50
R. Lorenz in DRiZ 1961, 329

herausstellt - für den weiteren Verlauf des Verfahrens ohne Belang waren, deren Bekanntgabe aber in der gegenüber Vorbestraften so empfindlichen öffentlichen Meinung zu einer erheblichen gesellschaftlichen Ansehensminderung des Angeklagten und in wirtschaftlicher Hinsicht zu seiner Existenzgefährdung geführt hat. Die Tatsache, daß ein Verfahren gegen den Angeklagten eröffnet ist, berechtigt das Gericht noch keineswegs, die Vorstrafen des Angeklagten ohne weiteres und in vollem Umfange festzustellen. Der Einwurf, im Gegensatz zum Zeugen, welcher meist ohne eigenes Zutun in ein Verfahren gerät, habe der Angeklagte es selbst verschuldet, wenn seine Vorstrafen zur Sprache kämen[1], ist nicht annehmbar, da jeder Angeklagte bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig anzusehen und zu behandeln ist (Art.6 Abs.2 MRK)[2]. Es kann nicht angehen, daß ein unschuldiger, aber vorbestrafter Angeklagter auf seine Rechtsverteidigung und die Einlegung von Rechtsmitteln verzichtet, nur weil er eine Erörterung seiner vielleicht weit zurückliegenden Vorstrafen befürchten muß.

Wenn deshalb der Regierungsentwurf des StPÄG[3] in § 243 Abs.4 S.2 StPO bestimmen will, daß Vorstrafen nur insoweit festgestellt werden sollen, als sie für die Entscheidung von Bedeutung sind[4], kann dem nur voll und ganz zugestimmt werden; verlangt doch schon eine vernünftige Prozeßleitung, daß alle nicht zur Sache gehörenden Tatsachen und Fragen unberücksichtigt zu bleiben haben, daß eine "überschießende" Aufklärung unstatthaft ist[5] - ein Grundsatz, der in § 244 Abs.3 S.2, 2.Alt. StPO seinen Niederschlag gefunden hat[6] und der aus § 244 Abs.2 StPO

---

1) Schottelius, aaO., S. 173

2) Zum Rechtscharakter der MRK siehe des näheren unten S. 96ff.

3) Bundestagsdrucksachen IV/63 und IV/178

4) vgl. auch Nr.115 Abs.2 RiStV

5) Kleinknecht in KMR, § 244 Anm. 4 a)

6) Gerland: Strafprozeß, § 99 I 2 b (S. 365)
Peters: Strafprozeß, § 38 IV 2 c (S. 245)
Eb. Schmidt: II, § 244 Erl. 50; vgl. auch: I, Nr.205, 206
Kleinknecht in KMR, § 244 Anm. 12
Geier in LR, § 244 Anm. 28

im Umkehrschluß hergeleitet werden kann[1] -; es kommt noch hinzu, daß der Angeklagte berechtigterweise fordern kann, nicht ohne zwingenden Grund bloßgestellt zu werden[2]. Unnötig ist eine Vorstrafenfeststellung, wenn sie für die Schuld- oder Straffrage ohne Bedeutung ist. Vorstrafen des Angeklagten können für die Schuldfrage nur bei den sog. Vorstrafen- und Rückfalldelikten, bei der Feststellung eines Prozeßhindernisses, bei der Überführung eines Angeklagten oder der Führung des Entlastungsbeweises von Bedeutung sein und für die Straffrage nur in den Fällen der §§ 20a, 23, 42a StGB sowie als allgemeiner Strafzumessungsgrund. Nur wenn die Vorstrafe im Einzelfalle eine derartige Bedeutung haben kann, d.h. wenn sie für die Entscheidung der Schuld- oder Straffrage beachtlich ist, kann ihre Feststellung und Erörterung erforderlich und damit zulässig sein[3].

2. Im besonderen

Im besonderen Einzelfalle kann aber die Zulässigkeit der Erörterung bestimmter Vorstrafen auch dann zweifelhaft sein, wenn eine Auswirkung der Vorstrafe auf die Entscheidung denkbar wäre, die Verwertung aber gesetzlichen Vorschriften, insbesondere solchen der Rehabilitation, widerspricht oder infolge besonderer Umstände nicht mehr berechtigt erscheint.

a) Die Vorstrafe, deretwegen ein Wiederaufnahmeverfahren läuft oder beantragt ist

Nach der herrschenden Aufhebungstheorie[4] wird nicht erst durch

---

1) Kleinknecht in KMR, § 244 Anm. 4 a)
vgl. auch BGH, Urt.v.18.1.1955, in BGHSt 7, 153 (157)

2) vgl. Nr.16 Abs.4 S.1 RiStV sowie Schorn in DRiZ 1961, 8

3) vgl. Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 249 StPO Anm. 5
Kleinknecht in KMR, § 249 Anm. 5
vgl. auch Nr.115 Abs.2 RiStV

4) RG, Urt.v.18.12.1923, in RGSt 58, 52
OLG Hamm, Beschl.v.29.11.1956, in NJW 1957, 473
Kleinknecht in KMR, § 370 Anm. 4 a)
Schwarz-Kleinknecht, § 370 Anm. 4
Kohlhaas in LR, § 370 Anm. 1 Erbs, § 370 Anm. III
Trapp in NJW 1959, 1862 von Hentig, S. 236, 243
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 370 StPO Anm. 4
Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 7 StRegVO Anm. III

das im Wiederaufnahmeverfahren ergehende neue Urteil, sondern schon durch den in Rechtskraft erwachsenen Beschluß, durch den das Wiederaufnahmeverfahren angeordnet wird (§ 370 Abs.2 StPO), die Vorbestrafung aufgehoben. Die Mindermeinung[1] sieht das alte Urteil trotz des rechtskräftigen Wiederaufnahmebeschlusses als weiterbestehend und als nur vorläufig suspendiert an; das ergebe sich eindeutig aus § 373 Abs.1 StPO; denn in der erneuten Hauptverhandlung könne das frühere Urteil nicht gegebenenfalls aufrechterhalten werden, wenn man es vorher schon als beseitigt betrachte[2]. Ganz unbestritten wird aber mit dem Wiederaufnahmebeschluß, sobald dieser rechtskräftig geworden ist, die Rechtswirkung des früheren Urteils beseitigt[3]. Die Feststellung oder Erörterung von Vorstrafen, bei denen die Wiederaufnahme des Verfahrens rechtskräftig beschlossen ist, ist folglich nicht zulässig. Wenn allerdings lediglich ein Wiederaufnahmeantrag gestellt und dieser vom Gericht zugelassen ist (§ 368 StPO), ist das Gericht nicht gehindert, diese Bestrafung als wirksame Vorstrafe zu behandeln, obwohl es sich eventuell empfiehlt, das eigene Verfahren solange auszusetzen, bis über den Wiederaufnahmeantrag rechtskräftig entschieden ist, da anderenfalls die Gefahr besteht, daß infolge des in dem Wiederaufnahmeverfahren gefällten Urteils das eigene Urteil dann seinerseits mit einem Wiederaufnahmeantrag angegriffen wird, soweit § 359 Nr.5 StPO dies zuläßt und § 363 StPO nicht entgegensteht.

---

1) KG, Beschl.v.23.12.1919, in GA 69 (1920-1925), 128
BayObLG, Beschl.v.30.1.1929, in DRiZ 21 (1929), Nr.424
Oetker in GerS 65 (1905), 455
Peters: Strafprozeß, § 76 V 2 b) bb) (S. 542)
Eb. Schmidt: II, § 370 Erl. 1

2) Gegen die Aufhebungstheorie spricht auch, daß konsequenterweise dann mit Erlaß des neuen Urteils die Fristen der beschränkten Auskunft und der Tilgung völlig neu zu laufen beginnen, selbst dann, wenn dieses Urteil das aufgehobene im Ergebnis nur bestätigt; Trapp (in NJW 1959, 1863) nimmt diese Konsequenz allerdings ausdrücklich in Kauf.

3) BGH, Urt.v.11.12.1959, in BGHSt 14, 64 (66)
Peters: Strafprozeß, § 76 V 2 b) bb) (S. 542)
Eb. Schmidt: II, § 370 Erl. 3

b) Die Vorstrafe, die auf einer nachträglich aufgehobenen Strafvorschrift beruht

Wird eine Strafvorschrift vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt[1], so wird damit das auf dieser Vorschrift beruhende rechtskräftige Strafurteil nicht unmittelbar beseitigt, sondern nur anfechtbar[2]; die Nichtigkeitserklärung der Norm ist ein Wiederaufnahmegrund (§ 79 Abs.1 BVerfGG)[3].
Wird ein Strafgesetz geändert und entfällt eine Strafbestimmung - z.B. denkbar bei §§ 172, 175 StGB durch die Strafrechtsreform -, so werden dadurch die auf diese Bestimmungen gestützten rechtskräftigen Strafurteile nicht betroffen; die Gesetzesänderung ist kein Wiederaufnahmegrund[4].
Wird also eine Strafbestimmung, aus der eine rechtskräftige Verurteilung erfolgt ist, aufgehoben oder für nichtig erklärt, so berührt das die Zulässigkeit der Feststellung dieser Vorstrafe unmittelbar nicht.

c) Die erlassene Vorstrafe

Wird eine Strafe durch Richterspruch erlassen, etwa eine Strafe, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden war, nach Ablauf der Bewährungszeit (§§ 25 Abs.1 S.1 StGB, 26 JGG), so betrifft der Erlaß nur die Vollstreckung der Strafe, nicht aber die rechtskräftige Verurteilung als solche[5]. Die rückfallbe-

---

1) z.B. § 71 StVZO durch Urteil des BVerfG v.3.7.1962 (BGBl I 452) und § 49 StVO durch Urteil des BVerfG v.25.7.1962 (BGBl I 592)

2) Lechner, § 79, Anm. zu Abs.1
vgl. auch BGH, Urt.v.30.10.1962, in BGHSt 18, 71 (73)

3) Peters: Strafprozeß, § 53 I 4a (S. 393)
Schmidt: II, Vorbem. 9 vor § 359
Kohlhaas in LR, Vorbem. 3d) vor § 359
Kleinknecht in KMR, Vorbem. 6 vor § 359
Schwarz-Kleinknecht, § 359 Anm. 7
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 359 Anm. 4

4) OLG Hamburg, Beschl.v.17.4.1952, in MDR 1953, 119
Peters: Strafprozeß, § 76 III 2 (S. 538)
Eb. Schmidt: II, Vorbem. 8 vor § 359
Kohlhaas in LR, Vorbem. 3 a) vor § 359
Kleinknecht in KMR, § 359 Anm. 7 b Seibert in NJW 1952, 252

5) vgl. Grau-Schäfer, S. 51

gründende Wirkung einer Vorstrafe wird durch ihren Erlaß nicht beseitigt (§ 245 StGB). Soweit die Strafe nicht vollstreckt ist, kann sie allerdings nicht unter dem Gesichtspunkt der Strafempfänglichkeit bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, sonst aber durchaus[1].
Für eine Strafe, die im Gnadenwege erlassen ist, gilt das gleiche. Auch eine Vorstrafe, die unter eine Amnestie fällt, kann strafschärfend berücksichtigt werden[2], weil sie durch die Amnestie nur in ihrer Vollstreckbarkeit betroffen wird, soweit nicht ausdrücklich weitergehende Wirkungen angeordnet sind[3]. Straferlaß, Begnadigung und Amnestie haben somit auf die Feststellung oder Erörterung der Vorstrafen keinen Einfluß.

d) Die Vorstrafe, über die nur beschränkte Auskunft erteilt wird

Unterliegt eine Vorstrafe der beschränkten Auskunft (§ 1 Abs.1 StTilgG), so hindert das eine Feststellung und Erörterung dieser Vorstrafe in der Hauptverhandlung grundsätzlich nicht[4]; vor Gericht darf sich der Verurteilte noch nicht als unbestraft bezeichnen und aus diesem Grunde nicht die Auskunft verweigern (§ 4 Abs.5 StTilgG). Trotzdem entspricht eine völlige Gleichbehandlung dieser Vorstrafe und einer solchen, über die noch unbeschränkt aus dem Strafregister Auskunft erteilt werden muß, nicht dem Sinn des Straftilgungsgesetzes und dem in ihm zum Ausdruck gekommenen Rehabilitationsgedanken. Das Gericht hat bei

---

1) vgl. RG, Urt.v.12.10.1937, in HRR 1938, Nr.487

2) RG, Urt.v.8.12.1938, in HRR 1939, Nr.671
OLG Schleswig, Urt.v.29.8.1956, in SchlHA 1956, 362
vgl. auch RG, Urt.v.14.11.1916, in JW 1917, 172
a.A. Baden-von Mitzlaff, § 26 WDO Anm. 5, § 118 WDO Anm. 4

3) z.B. § 20 Abs.2 Straffreiheitsgesetz vom 17. Juli 1954 (BGBl I 203), wonach Verurteilungen durch die aufgrund der Verordnung Nr.69 der Britischen Militärregierung eingerichteten Spruchgerichte getilgt werden mußten, wenn Freiheitsstrafen bis zu fünf Jahren, Vermögenseinziehung oder Geldstrafe verhängt worden waren;
vgl. dazu BGH, Beschl.v.11.12.1956, in BGHSt 10, 43

4) Dagegen erscheinen im Teil I des Disziplinarbuches eines Soldaten z.B. solche Vorstrafen nicht mehr, da dort die Vorstrafen getilgt werden, sobald sie nur noch der beschränkten Auskunft unterliegen (Baden-von Mitzlaff, § 42a WDO Anm. 4 a).

der Vorstrafe, über die nur noch beschränkte Auskunft zu erteilen ist, vor allem, wenn es diese Vorstrafe als Schuldindiz oder bei der Strafzumessung verwenden will, immer besonders zu berücksichtigen, wie weit zeitlich die Vorverurteilung zurückliegt und ob sie aus diesem Grunde überhaupt noch für die Entscheidung von Bedeutung sein kann, und ferner, ob die Frist, die mit der Anordnung der beschränkten Auskunft zu laufen begonnen hat (§ 7 StTilgG), noch im Anfangsstadium steckt oder fast gänzlich abgelaufen ist, so daß im letzteren Falle die Vorstrafe schon als nahezu getilgt angesehen und behandelt werden muß.

e) Die getilgte oder tilgungsreife Vorstrafe

Die materielle und prozessuale Wirkung der Tilgung oder Tilgungsreife einer Vorstrafe ist umstritten. Das StTilgG bestimmt in § 5 Abs.2 lediglich ausdrücklich, daß mit der Tilgung die Verurteilung nicht mehr im Sinne solcher Vorschriften gilt, die für den Fall, daß der Täter bereits bestraft ist, eine schwerere Strafe oder andere Rechtsnachteile androhen. Solche Vorschriften sind unbestritten die Rückfallbestimmungen (§§ 244, 250 Abs.1 Nr.5, 255, 261, 264 StGB)[1], ferner § 20a Abs.1 StGB[2], § 23 Abs.3 Nr.2, 3 StGB - denn das Verbot der Strafaussetzung ist ein Rechtsnachteil[3] - und schließlich wohl auch § 245a Abs.1 StGB[4]. In den Fällen der §§ 20a Abs.1, 23 Abs.3, 245a Abs.1 StGB wird § 5 Abs.2 StTilgG allerdings nur ausnahmsweise praktische Bedeutung haben, da gemäß §§ 20a Abs.3, 23 Abs.3,

---

1) Hartung: Das Strafregister, § 5 StTilgG Anm. 2 a)

2) BGH, 5 StR 145/60 v.17.5.1960, zit. bei Herlan in GA 1961,362

3) BGH, Urt.v.23.11.1954, in BGHSt 7, 58 (60/61)

4) Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 5 StTilgG Anm. II 1 b)
Gottwald in JR 1950, 110
Genau genommen enthält § 245a Abs.1 StGB nicht für den Fall der Vorbestrafung die Androhung einer schwereren Strafe, sondern einer Strafe überhaupt. Diese Unstimmigkeit ist daraus zu erklären, daß zur Zeit des Erlasses des § 5 Abs.2 StTilgG § 245a StGB noch gar nicht existierte.

245a Abs.4 StGB die frühere Bestrafung in der Regel schon lange vor dem Ablauf der Tilgungsfrist außer Ansatz bleibt[1]. Getilgte oder tilgungsreife Vorstrafen kommen also für die Rückfallbestimmungen[2] und die §§ 20a Abs.1, 23 Abs.3, 245a Abs.1 StGB[3] nicht mehr in Betracht[4] und dürfen deswegen auch in der Hauptverhandlung insofern nicht festgestellt oder erörtert werden. Die Frage, ob getilgte Vorstrafen bei der Strafzumessung verwertet werden dürfen, ist aus § 5 Abs.2 StTilgG nicht ohne weiteres zu beantworten und in Rechtsprechung und Literatur nicht einmütig entschieden. In der Rechtsprechung wird allerdings nahezu einhellig[5] und in der Literatur überwiegend[6] die Ver-

---

1) Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 5 StTilgG Anm. II 1 b)

2) vgl. auch BFH, Beschl.v.4.12.1952, in BStBl 1953 III S. 52

3) Weitere Bestimmungen, z.B. § 404 AO usf., siehe bei Hartung: Das Strafregister, § 5 StTilgG Anm. 2 a)

4) Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 5 StTilgG Anm. II 1 a)
Pörschmann: Das Strafregister, S. 40
Jagusch in LK II, § 245 Anm. 4 Gottwald in JR 1950,110

5) RG, Urt.v.18. 6.1926, in RGSt 60, 285 (288)
RG, Urt.v.12.11.1934, in RGSt 69, 11
RG, Urt.v.16. 4.1940, in RGSt 74, 177
OLG Königsberg, Urt.v.26.3.1925, in GA 70 (1926), 26
KG, Urt.v.12.6.1926, in JW 1926, 2776
BGH, Urt.v. 6.11.1951, zit. bei Dallinger in MDR 1952, 18
BGH, Urt.v.22. 6.1954, in BGHSt 6, 243 (245)
BGH, Urt.v.23.11.1954, in BGHSt 7, 58 (60)
BGH, Urt.v.18. 2.1955, in MDR 1955, 501
BGH, Urt.v.17. 5.1960, zit. bei Herlan in GA 1961, 362
BGH, Urt.v.23.11.1962, in MDR 1963, 331
OLG Karlsruhe, Urt.v.14.7.1960, in NJW 1960, 2354
BVerwG, Urt.v.20.10.1955, in NJW 1956, 357
BVerwG, Urt.v. 8. 2.1961, in MDR 1961, 712

6) Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 5 StTilgG Anm. II 3
Schäfer-Hellwig, § 5 StTilgG Anm. 22
Schäfer bei Pfundtner-Neubert, II c § 4 StTilgG Anm. 22
Pörschmann: Das Strafregister, S. 46, sowie in DR 1938, 429
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 5 StTilgG Anm. 4
Schwarz-Kleinknecht, Vorbem. 2 vor § 1 StTilgG
Kleinknecht in KMR, § 267 Anm. 9 B f
Maurach: AT, § 63 II B 2 b (S. 669)
Jagusch in LK I, Bem. B IV 1 d vor § 13; LK II, § 245 Anm. 4
Schönke-Schröder, Vorbem. 52 vor § 13
Geier in LR(20), § 267 Anm. 10 c) Erbs, § 267 Anm. IX C 1

(Fortsetzung der Fußnote auf S. 47)

wertung getilgter Vorstrafen bei der Strafzumessung bejaht. Zur Begründung dieser Ansicht werden drei Argumente angeführt: Erstens sei vom Gesetzgeber ausdrücklich die Wirkung der Tilgung in § 5 Abs.2 StTilgG fest umrissen; wenn der Gesetzgeber eine über § 5 Abs.2 StTilgG hinausgehende Wirkung beabsichtigt hätte, hätte er dies im Gesetz regeln können[1]. Zweitens wird gesagt, daß die Bestrafung niemals restlos ungeschehen gemacht werden könne, daß dies gar nicht in der Macht der staatlichen Gesetzgebung stünde[2]. Drittens wird darauf hingewiesen, daß strafbare Vorgänge aus der gleichen Zeit, die aber nicht zu einem Strafverfahren geführt hätten, sowie andere wichtigen Begebenheiten aus dem Vorleben für die Erkenntnis der Persönlichkeit des Täters und damit für die richtige Bestimmung des Strafmaßes ohne Zweifel beachtlich seien; wieviel eher müßten dann Verfehlungen, die in einem Strafverfahren eindeutig festgestellt seien, auch wenn sie getilgt seien, bei der Strafzumessung verwertet werden dürfen[3].

All diese Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Die herrschende Meinung[4] ist maßgeblich bestimmt durch die drei zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts[5], deren erste und zweite jedoch zu einer Zeit ergingen, als der die Wirkung der Rehabilitation erheblich verstärkende § 4 Abs.4 StTilgG noch nicht in das Straftilgungsgesetz eingefügt worden war, als also der Rehabilitierte, dessen Strafe getilgt war, noch unbeschränkt allen

---

Döll in ZRpflBay. 20 (1924), 39, sowie in JW 1928, 393
Oetker in GerS 89 (1924), 176 Gottwald in JR 1950, 109
Fuchs in JW 1926, 2776 Huschka in NJW 1954, 789
Wachinger in DJ 1940, 864 Bruns in GA 1954, 191

1) RG, Urt.v.18.6.1926, in RGSt 60, 285 (288)

2) RG, Urt.v.18. 6.1926, in RGSt 60, 285 (288)
RG, Urt.v.12.11.1934, in RGSt 69, 11 (12)
RG, Urt.v.16. 4.1940, in RGSt 74, 177 (178)
BGH, Urt.v.22.6.1954, in BGHSt 6, 243 (245)

3) RG, Urt.v.12.11.1934, in RGSt 69, 11
RG, Urt.v.16. 4.1940, in RGSt 74, 177 (178)
BGH, Urt.v.22.6.1954, in BGHSt 6, 243 (245)

4) siehe oben S. 46, Fußnoten 5 und 6

5) siehe Fußnote 2

auf Befragung die Vorstrafe zugeben mußte. Durch die Einfügung des § 4 Abs.4[1] und Abs.5[2] in das StTilgG ist aber die Stellung des Rehabilitierten erheblich gesetzlich gebessert und gefestigt worden[3]. Man kann heute nicht mehr die Wirkung der Tilgung allein aus dem Wortlaut des § 5 Abs.2 StTilgG entnehmen, sondern sie muß aus der Gesamtheit der gesetzlichen Regelung des StTilgG und dem Ziel und Zweck der Rehabilitation erschlossen werden. Ziel und Zweck der Rehabilitation ist es aber, daß der Verurteilte wieder den Status eines Nichtbestraften erhält[4], daß die Vorstrafe "vergeben und vergessen" sein soll[5]. So will auch der Gesetzgeber durch das StTilgG den Vorbestraften mit der Tilgung von den rechtlichen Nachwirkungen der Vorstrafe freistellen und ihm die Stellung eines Nichtverurteilten verschaffen, indem er ihm grundsätzlich gestattet, vor Gericht selbst unter Eid sich als unbestraft zu bezeichnen (§ 4 Abs.4 S.2 StTilgG). Daran ändert sich auch nichts durch die Ausnahmevorschrift des § 4 Abs.4 S.3 StTilgG, die nur dann zur Stützung der Ansicht des Reichsgerichts hätte überzeugend herangezogen werden können[6], wenn sie sonst unverständlich oder überflüssig wäre[7]. War es schon sehr formalistisch, allein auf den Wortlaut des Gesetzes in § 5 Abs.2 StTilgG abzustellen, wie es das Reichsgericht besonders in seiner ersten Entscheidung[8] tat, so ließ sich nach Einführung des § 4 Abs.4 StTilgG eine solche Begründung nicht gut mehr aufrechterhalten[9].
Auch der Hinweis auf die Amtliche Begründung des Entwurfes des

---

1) siehe oben S. 34, Fußnote 2

2) siehe oben S. 34, Fußnote 1

3) vgl. Fränkel in LM, StTilgG Nr. 2

4) siehe oben S. 33, Fußnote 1

5) Hartung: Das Strafregister, Einleitung B I (S. 12) sowie in NJW 1950, 940

6) so Kleinknecht in KMR, § 267 Anm. 9 B f
vgl. auch Schorn: Der Strafrichter, S. 235

7) siehe des näheren unten S. 67f.

8) RG, Urt.v.18.6.1926, in RGSt 60, 285 (288)

9) RG, Urt.v.3.10.1941, in HRR 1942, Nr.401

StTilgG[1], in der es heißt, daß es außerhalb der staatlichen Macht stehe, die Vorstrafe ungeschehen zu machen, überzeugt nicht. Die Tatsache der Vorbestrafung als solche kann allerdings nicht durch gesetzlichen Ausspruch aus der Welt geschafft werden ebensowenig wie durch die Ehescheidung die Tatsache der Eheschließung[2]. Die rechtlichen Folgen aber lassen sich durch Gesetz beseitigen[3]. Der Gesetzgeber kann anordnen, daß Geschehenes als ungeschehen anzusehen ist[4]. Der Vorbestrafte soll also rechtlich so behandelt werden, als wäre er nicht bestraft[5]. Dies ist zwar eine Fiktion, aber auch in §§ 5 Abs.2, 4 Abs.4 S.2, 4 Abs.5 S.2 StTilgG bedient sich der Gesetzgeber der Fiktion. Der Streit geht also in Wahrheit gar nicht um das "ob", sondern um den Umfang der Fiktion.

So bestechend schließlich auf den ersten Blick in diesem Zusammenhang der Erst-recht-Schluß des Reichsgerichts erscheinen mag - getilgte Vorstrafen dürften verwertet werden, da ohne Zweifel Vorgänge aus der gleichen Zeit, die nicht zu einer Verurteilung geführt hätten, berücksichtigt werden könnten -, so wenig stichhaltig ist er in Wirklichkeit. In der Rechtsprechung wird es

---

1) Drucksachen der Nationalversammlung Nr. 1486, S. 1520

2) Gottwald in JR 1950, 110
vgl. auch Lenz, S. 9 ("quod factum est, infectum fieri non potest")

3) vgl. § 26 Abs.4 WDO, der besagt: "Getilgte Disziplinarstrafen dürfen bei der Bemessung der Strafe nicht berücksichtigt werden."

4) von Liszt in JW 1917, 172 Costa in MDR 1955, 502
Dünnebier in JZ 1958, 718
vgl. auch die Regelung im ausländischen Recht: § 7 Abs.4 des österreichischen Tilgungsgesetzes vom 4.7.1951 (öster. BGBl Nr.155) erklärt z.B., daß nach der Tilgung der Verurteilte "fortan als gerichtlich unbescholten" gelte (s. auch Wolff in MBlStraffErmh. 13 (1937/38), 100); in Belgien, das ein eigenes Rehabilitationsverfahren kennt, stellt die erfolgte Rehabilitation - strafrechtlich gesehen - eine Auslöschung der Verurteilung selbst dar (Eckleben, aaO., S. 134); im französischen Recht wird die Verurteilung als "non avenue" behandelt (Hartung in Festschrift für Mezger, S. 505).

5) OLG Hessen, Urt.v.19.5.1953 (U 215/53), zit. bei Hartung: Das Strafregister, § 4 StTilgG Anm. 9 b) cc) (S. 121)
Gürtner in DJ 1939, 820

allerdings größtenteils als zulässig angesehen, bei der Strafzumessung Vorgänge heranzuziehen und zu verwerten, die keine strafbare Handlung darstellen[1] oder die nur vorstrafenähnlich wirken, obwohl sie keine Vorstrafen sind, z.B. Dienststrafen gegen Beamte[2]; sogar die Tatsache, daß ein Angeklagter in einem früheren Verfahren wegen einer gleichartigen Tat freigesprochen worden ist, ist strafschärfend berücksichtigt worden, weil er sich durch das frühere Verfahren nicht habe warnen lassen[3]. Gegen diese Rechtsprechung müssen aber erhebliche Bedenken angemeldet werden. Ist jemand wegen erwiesener Unschuld freigesprochen worden, so widerspricht die spätere Verwertung dieses Freispruchs unter dem Gesichtspunkt der Mißachtung usf. allen Grundsätzen rechtsstaatlichen Strafens[4]. Aber auch bei einem Freispruch mangels Beweises wie auch in den übrigen Fällen, in denen das strafbare Verhalten nicht festgestellt oder vom Angeklagten zugegeben ist[5], führt die Berücksichtigung in einem neuen Verfahren in Wirklichkeit allzu leicht zu der in verschleierter Form erfolgenden Verhängung einer Verdachtsstrafe[6]. Eine Verdachtsstrafe ist aber absolut unzulässig[7]. Der

---

1) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. 53 vor § 13

2) OLG Hamm (2 Ss 77/56) zit. in OLG Hamm, Urt.v.25.10.1956, in NJW 1956, 1934
Händel in NJW 1954, 1516
vgl. auch BGH, Urt.v.12.7.1951, in NJW 1951, 769 (770)

3) BGH, Urt.v.5.1.1954 (2 StR 595/53), zit. bei Dallinger in MDR 1954, 151
BGH v.16.5.1961 (5 StR 133/61), zit. bei Seibert in NJW 1961, 1491
OLG Hamm, Urt.v.8.1.1960, in JMBl NRW 1960, 93
OLG Stuttgart, Urt.v.2.6.1961, in NJW 1961, 1491
a.A. RG, Urt.v.22.4.1892, in RGSt 23, 91
OLG Köln, Urt.v.17.11.1959, in NJW 1960, 449

4) Seibert in NJW 1961, 1492

5) vgl. dazu OLG Oldenburg, Urt.v.21.2.1950, in NdsRpfl 1950, 63
OLG Schleswig, Urt.v.29.8.1956, in SchlHA 1956, 362

6) Seibert in NJW 1961, 1492

7) RG, Urt.v.4.1.1932, in HRR 1932, Nr.1183
OLG Dresden, Urt.v.8.2.1933, in HRR 1933, Nr.1284
BayObLG, Urt.v.5.9.1951, in NJW 1952, 314
Schönke-Schröder, Vorbem. 53 vor § 13
Erbs, § 267 Anm. IX C 1)

Grundsatz der Unschuldsvermutung (Art.6 Abs.2 MRK)[1] verbietet es, daß Vorgänge, die eine strafbare Handlung darstellen, die aber nicht zu einer Verurteilung geführt haben, wie Vorstrafen verwertet werden. Im übrigen scheint es sehr bedenklich, Vorgänge aus weit zurückliegender Zeit als entscheidend für die Strafzumessung heranzuziehen[2]. Die Erst-recht-Folgerung des RG und des BGH läßt sich insofern genau so gut umkehren: Wenn schon Vorstrafen aus dieser Zeit nicht mehr berücksichtigt werden dürfen - da sie getilgt sind -, darf erst recht nicht auf andere Vorgänge aus dieser Zeit zurückgegriffen werden. Die vom RG und vom BGH gegebene Begründung ist folglich in keinem der drei Punkte zwingend.

Sie führt auch zu widersinnigen Ergebnissen, die dem Sinn des Straftilgungsgesetzes in keiner Weise gerecht werden, wenn nämlich getilgte Vorstrafen infolge des § 5 Abs.2 StTilgG für die schwerere Qualifikation der Tat ausscheiden, im Rahmen der Strafzumessung aber wiederum als straferschwerend berücksichtigt werden sollen[3]. Die Schlußfolgerung a maiore ad minus spricht eindeutig gegen die Verwertung getilgter Vorstrafen bei der Strafzumessung[4]. Es wäre sonst auch letztlich die Strafhöhe abhängig vom Zufall oder von der Mißgunst der Mitbürger, da auch das Gericht die getilgten Vorstrafen aus dem Strafregister nicht mehr erfahren kann und die getilgten Vorstrafen im allgemeinen dann nur durch Zufall oder durch Mitteilung denunzierender, dem Rehabilitierten nicht wohlgesonnener Mitbürger bekannt werden können[5]. Würde das Gericht im Einzelfalle getilgte Vorstrafen, von denen es Kenntnis erlangt hätte, bei der Strafzumessung verwerten dürfen, so hätte das Gericht geradezu die Verpflichtung,

---

1) vgl. Schorn: Der Schutz der Menschenwürde, S. 23

2) vgl. auch BGH, Urt.v.22.6.1954, in BGHSt 6, 243 (246)
BGH, Urt.v.23.11.1962, in MDR 1963, 331

3) Kohlhaas in NJW 1953, 852

4) Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, § 81 V 2 (S. 290)
von Weber: Grundriß, S. 134
dagegen Gottwald in JR 1950, 110

5) Costa in JR 1955, 69

von sich aus zu erforschen, ob der Angeklagte nicht eventuell im Strafregister inzwischen getilgte Vorstrafen erlitten hat; denn das Gericht hat von Amts wegen alle Umstände zu erforschen, die für die Strafzumessung von Belang sein können (§ 244 Abs.2 StPO). Entspräche dies der Ansicht des Gesetzgebers, so wäre es in höchstem Maße widersinnig, daß der Gesetzgeber durch die Tilgung der Vorstrafen im Strafregister dem Gericht die Haupterkenntnisquelle verschlossen hat[1]. Aber abgesehen davon ist zu bedenken, daß eine jede Vorstrafe im Laufe der Zeit immer mehr für die Strafzumessung in einem neuerlichen Strafverfahren an Bedeutung verliert. Eine weit zurückliegende Vorstrafe vermag die jetzige Täterpersönlichkeit selten zu erhellen, eine erhöhte Schuld kaum zu begründen und einen Schluß auf die Strafempfänglichkeit des Täters nicht mehr zuzulassen[2]. Aus diesen Gründen und aus dem Sinn und Zweck der Rehabilitation, wie er besonders im Straftilgungsgesetz Ausdruck gefunden hat, ist es aber dann die einzig folgerichtige Konsequenz, daß getilgte bzw. tilgungsreife Vorstrafen bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden dürfen[3] [4].

---

1) Brandt in JW 1927, 2686

2) vgl. oben S. 24, Fußnote 1

3) BayObLG, Urt.v.15.11.1923, in ZRpflBay. 20 (1924), 39
anscheinend auch RG, Urt.v.3.6.1921, in RGSt 56, 68 (69)
OLG Hessen, Urt.v.19.5.1953 (U 215/52), zit. bei Hartung: Das Strafregister, § 4 StTilgG Anm. 9 b) cc) (S. 121)
VG Berlin (West), Urt.v.3.10.1952, in NJW 1953, 718 (720)
Peters: Strafprozeß, § 79 II a) (S. 557)
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, § 81 V 2 (S. 290)
Costa in JR 1955, 68 sowie in MDR 1955, 502
Kohlhaas in NJW 1953, 852; UJ 1954, 27; DRiZ 1957, 182
von Weber: Grundriß, S. 134 Oppler in DJZ 1907, 648
Brandt in JW 1927, 2686 M. Lorenz, S. 73
wohl auch Eb. Schmidt: II, § 243 Erl. 18
Jescheck in GA 1956, 107
einschränkend Hartung (in JR 1952, 45 und NJW 1955, 394), der eine Verwertung generell ablehnt, im Ausnahmefall aber anerkennt.

4) siehe auch Schottelius (aaO., S. 167), der darauf hinweist, daß in den meisten Ländern die Tilgung zur Folge hat, daß bei neuerlicher Straffälligkeit die frühere Verurteilung bei der Strafzumessung unberücksichtigt bleibt;
für Österreich vgl. Roeder, S. 397, Fußnote 2

Das gleiche muß auch für die Strafaussetzung zur Bewährung gelten. Es geht nicht an, daß man die getilgte Vorstrafe als Versagungsgrund im Sinne des § 23 Abs.3 Nr.2 u. 3 StGB infolge der Tilgung nicht mehr anerkennt, daß man sie dann aber doch im Rahmen des § 23 Abs.2 StGB berücksichtigt und so dann doch noch die Strafaussetzung zur Bewährung versagt[1].

Bei den sog. Vorstrafendelikten dagegen liegen die Dinge anders. Gemeint ist etwa der Fall, daß jemand wegen Anstellungsbetruges angeklagt ist und die verschwiegene, zur Tatzeit noch nicht getilgte Vorstrafe inzwischen getilgt ist. Würde man auch hier die Nichtberücksichtigung der getilgten Vorstrafe verlangen, so würde man allerdings auf berechtigten Widerspruch stoßen; denn hier geht es nicht um die rechtlichen Folgen der Vorstrafe, sondern nur um die Tatsache der Vorbestrafung, die auch durch die Tilgung nicht ungeschehen gemacht worden ist. Hier wird dem Rehabilitierten nicht die getilgte Vorstrafe angekreidet, sondern ihm wird vorgeworfen, daß er sich als unbestraft bezeichnet hat, obwohl er dazu nicht berechtigt war, weil zur Tatzeit die Vorstrafe noch nicht getilgt war. Die getilgte Vorstrafe wirkt hier nicht straferschwerend, sondern dient nur Beweiszwecken[2]. Sie bleibt "vergeben"; ihr "Vergessen" muß nur infolge des eigenen Verhaltens des Angeklagten notgedrungen kurz unterbrochen werden; und dies ist nun der Ausnahmefall, bei dem die Ausnahmevorschrift des § 4 Abs.4 S.3 StTilgG zum Zuge kommen kann[3]. Bei

---

1) a.A. BGH, Urt.v.23.11.1954, in BGHSt 7, 58 (60)

2) Auch in Österreich dürfen getilgte Vorstrafen als Beweismittel benützt werden (Tlapek-Serini, § 252 Anm. 7).

3) vgl. auch den Fall des § 190 StGB: War die Vorstrafe zur Tatzeit schon getilgt und durfte sich der Rehabilitierte deshalb als unbestraft bezeichnen (§ 4 Abs.4 S.2 StTilgG), so kann es dem aus §§ 185ff. StGB Angeklagten nicht gestattet sein, über § 190 StGB den Beweis zu erbringen, der Rehabilitierte sei doch bestraft gewesen. War dagegen zur Tatzeit die Vorstrafe noch nicht getilgt, ist aber ihre Tilgungsreife inzwischen eingetreten, so sollte dem aus §§ 185ff. StGB Angeklagten nicht die Möglichkeit genommen werden, gemäß § 190 StGB den Wahrheitsbeweis dafür zu erbringen, daß der Beleidigte zur Tatzeit vorbestraft war (anders § 422 Abs.4 StGB-E 1935, nach dem bei weit zurückliegenden Bestrafungen der Wahrheitsbeweis generell ausgeschlossen sein sollte).

den sog. Vorstrafendelikten darf folglich die Vorstrafe auch dann festgestellt werden, wenn sie inzwischen getilgt oder tilgungsreif ist.

Daß dies Ergebnis richtig und die unterschiedliche Behandlung gegenüber den Rückfalldelikten berechtigt ist, beweist auch folgende Überlegung: Wird jemand wegen Rückfalldiebstahls (§ 244 StGB) angeklagt, ist aber die zweite, den Rückfall begründende Vorstrafe inzwischen im Wiederaufnahmeverfahren rechtskräftig aufgehoben worden, so kann der Angeklagte nicht wegen Rückfalldiebstahls, sondern nur wegen einfachen oder schweren Diebstahls verurteilt werden[1]. Ist dagegen jemand wegen Anstellungsbetruges angeklagt und die verschwiegene Vorstrafe inzwischen im Wiederaufnahmeverfahren rechtskräftig aufgehoben worden, so kann er trotzdem jetzt aus diesem Grunde nicht freigesprochen werden, weil zur Tatzeit des Anstellungsbetruges die Vorstrafe noch existent war und das Wiederaufnahmeurteil nicht sein Verhalten, daß er sich fälschlicherweise als unbestraft bezeichnete, rückwirkend rechtfertigen kann.

Ähnliche Erwägungen gelten für die strafprozessuale Bedeutung der getilgten Vorstrafe. Der wohl nur theoretische Fall, daß jemand angeklagt wird wegen einer strafbaren Handlung, deretwegen er schon einmal verurteilt worden, aber inzwischen infolge der Tilgung dieser Vorstrafe rehabilitiert ist, muß dahin entschieden werden, daß auch hier die getilgte Vorstrafe festzustellen und zu berücksichtigen ist, nicht so sehr, weil dies zugunsten des Angeklagten geschieht und in seinem Interesse ist - der Angeklagte kann eventuell berechtigte Hoffnungen haben, diesmal freigesprochen zu werden, und deshalb gar nicht daran interessiert sein, daß seine Vorstrafe bekannt wird -, sondern weil durch die Vorbestrafung die Strafklage verbraucht ist (Art.103 Abs.3 GG) und daran durch die Tilgung genau so wenig wie auch durch ein etwa erfolgtes Wiederaufnahmeverfahren sich etwas ändern kann.

Soll dagegen die getilgte Vorstrafe ein Indiz liefern zur Überführung des Angeklagten, so ist eine Erörterung zu diesem Zwecke

---

1) vgl. auch OLG Hamm, Beschl.v.17.8.1953, in NJW 1953, 1765

abzulehnen; denn es läßt sich kaum vorstellen, daß getilgte Vorstrafen, die zeitlich meist sehr weit zurückliegen, in dieser Hinsicht von Belang sein können[1] und für die Entscheidung im Einzelfalle von solch' grundlegender Bedeutung sein sollen, daß auf ihre Erörterung nicht verzichtet werden könnte. Sollte aber trotzdem - was äußerst unwahrscheinlich ist - ein solcher Fall vorkommen, so läßt sich doch deswegen nicht eine generelle Durchbrechung der durch die Tilgung eingetretenen Rehabilitationswirkung rechtfertigen. Ließe man die Erörterung nämlich grundsätzlich zu, so würden die Gerichte aufgrund ihrer Aufklärungspflicht (§ 244 Abs.2 StPO) jedem Begehren, getilgte Vorstrafen zum Zwecke der Täterüberführung zu erörtern, stattzugeben haben, um dann nach langer und ins Detail gehender Erörterung der getilgten Strafen doch in der Regel immer feststellen zu müssen, daß diese nicht beweiskräftig und für die Entscheidung nicht bedeutungsvoll sind[2]. Die Erörterung getilgter Vorstrafen zum Zwecke der Täterüberführung ist deshalb - abgesehen von den Vorstrafendelikten - grundsätzlich nicht zuzulassen[3]; denn das Interesse des Einzelnen und der Allgemeinheit an der Gewährleistung der durch die Straftilgung eingetretenen Rehabilitation überwiegt bei weitem das kriminalpolitische Interesse der Allgemeinheit an der Strafverfolgung kaum vorstellbarer Ausnahmefälle.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß die Feststellung von getilgten oder tilgungsreifen Vorstrafen nur zulässig ist, wenn diese Inhalt eines sog. Vorstrafendeliktes sind oder dieselbe Tat betreffen.

---

1) vgl. Schäfer-Hellwig (§ 5 StTilgG Anm. 23), die nach der Tilgung die Beweiskraft als nur gering bezeichnen.

2) vgl. den aufschlußreichen, vom OLG Hessen entschiedenen Fall (zit. bei Hartung in Festschrift für Mezger, S. 510).

3) a.A. Schäfer-Hellwig, § 5 StTilgG Anm. 23
Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 5 StTilgG Anm. II 3
Gottwald in JR 1950, 110

f) Die Vorstrafe, deren Tilgungsreife im Laufe des Prozesses eintritt

Wenn zwei Personen unter den gleichen Umständen und Voraussetzungen ein Rückfalldelikt begehen und einer von ihnen sich seiner Aburteilung so lange entzieht, bis seine rückfallbegründenden Vorstrafen tilgungsreif sind, so erscheint es unbillig, daß er jetzt geringer als sein Komplice bestraft werden soll. Darüber zu streiten, ist jedoch unergiebig, da nach dem Wortlaut und Sinn des § 5 Abs.2 StTilgG mit der Tilgung, der die Tilgungsreife gleichsteht[1], eindeutig die rückfallbegründende Wirkung der betreffenden Vorstrafe beseitigt ist[2]. Diese Regelung ist aus zwingenden praktischen Gründen berechtigt, weil anderenfalls dann, wenn zwischenzeitlich - d.h. nach der Tat und vor der Verhandlung - die Vorstrafe getilgt ist, das Gericht durch das Strafregister nicht die getilgte Vorstrafe erfahren könnte[3]; das Gericht müßte es dann dem Zufall überlassen, von einer Vorstrafe Kenntnis zu erhalten, oder müßte generell nach getilgten Vorstrafen fragen - wobei jeweils der Angeklagte, der aus Korrektheit seine getilgte Vorstrafe angäbe, benachteiligt wäre -, und es könnte selbst bei der Bekanntgabe der getilgten Vorstrafen nunmehr durch das Strafregister nicht feststellen, ob die Vorstrafe zur Tatzeit noch nicht getilgt war[4]. Entscheidend

---

1) siehe oben S. 34, Fußnote 5

2) RG, Urt.v.29.4.1930, in RGSt 64, 146 (147)
Hartung: Das Strafregister, § 5 StTilgG Anm. 2 d)

3) Schäfer-Hellwig, § 5 StTilgG Anm. 16
Hartung: Das Strafregister, § 5 StTilgG Anm. 2 d)

4) Da bei der vom Strafregistergesetzentwurf vorgesehenen Einführung der Dreistufigkeit (s.o. S. 36, Fußn.5) alle diese Gesichtspunkte entfallen, weil nach der "Tilgung" die Strafe bis zur "Vernichtung" im Strafregister verzeichnet bleiben soll, wäre zu überlegen, ob es dann nicht besser der Systematik und der Gerechtigkeit entsprechen würde, wenn bei der Tilgungsreife ebenso wie bei der Rückfallverjährung (z.B. § 245 StGB) als entscheidend auf den Zeitpunkt der Tat abgestellt würde, so daß § 5 Abs.2 StTilgG etwa lauten müßte: "War der Vermerk über eine Verurteilung im Strafregister zur Zeit der Begehung der Tat bereits tilgungsreif, so gilt die Verurteilung nicht mehr als Bestrafung ..."

für die Anwendung des Gesetzes ist also der Zeitpunkt der erneuten Verurteilung, nicht der Zeitpunkt der Tat[1) 2)].
Das bedeutet nicht nur, daß der erstinstanzliche Richter die im Laufe des Prozesses erfolgte Tilgungsreife zu beachten hat, sondern auch, daß im Berufungsverfahren durch die inzwischen eingetretene Tilgungsreife die Wirkung der Vorstrafe entfallen kann. Tritt unmittelbar nach Erlaß des erst- oder zweitinstanzlichen Urteils die Tilgungsreife ein, so kann allerdings die Revision darauf nicht gestützt werden. Die Feststellung der Rückfallvoraussetzungen und damit auch der Nichttilgung ist Tatsachenfeststellung, deren Änderung dem Revisionsgericht versagt ist[3)]. Auch wenn man mit Peters[4)] den Grundgedanken des § 354a StPO entsprechend anwendet, falls die tatsächliche Grundlage des Urteils sich offenkundig oder leicht erkennbar geändert hat[5)], so führt auch dies nicht zur Berücksichtigung der Tilgungsreife durch das Revisionsgericht; denn durch die später eingetretene Tilgungsreife wird die vom Tatgericht getroffene Feststellung der Vorstrafe nicht nachträglich unrichtig. Wohl aber kann natürlich die Revision darauf gestützt werden, daß das Vordergericht die bestehende Tilgungsreife nicht berücksichtigt hat, oder gemäß §§ 244 Abs.2, 337 StPO darauf, daß es einer Unklarheit hinsichtlich der Tilgungsreife nicht nachgegangen ist[6)].

---

1) Hartung: Das Strafregister, § 5 StTilgG Anm. 2 d)
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 5 StTilgG Anm. 4
Schwarz, § 5 StTilgG Anm. 2 B
Schultheis in: Das Recht, 25. Jgg. (1921), Sp. 121

2) Dies Ergebnis läßt sich auch stützen durch § 2 Abs.2 StGB, der besagt, daß die Strafe sich nach dem Gesetz bestimmt, das zur Zeit der Aburteilung gilt, wenn dieses nicht strenger als das zur Tatzeit oder das in der Zwischenzeit geltende Gesetz ist; infolge der Tilgung kommt aber nicht ein strengeres, sondern ein milderes Gesetz zur Anwendung.

3) Jagusch in LK II, § 244 Anm. 7, sowie in LR(20), § 337,Anm.4 b
Schwarz-Dreher, § 244 Anm. 1 B
Burchardi-Klempahn: Der Staatsanwalt, Nr. 267

4) Strafprozeß, § 75 VI 2 (S. 532)

5) dagegen Eb. Schmidt: II, § 337 Erl. 34

6) vgl. Jagusch in LR(20), § 337 Anm. 4 b

Wird das Urteil vom Revisionsgericht aufgehoben und das Verfahren an das Vordergericht zurückgewiesen, so ist für dieses Gericht wiederum der Zeitpunkt seines jetzigen, neuerlichen Urteils maßgebend für die Berücksichtigung der Tilgungsreife[1]. Da die Tatsacheninstanz folglich die inzwischen eingetretene Tilgungsreife beachten muß, ist die Feststellung oder Erörterung der tilgungsreifen Vorstrafe unzulässig außer in den oben[2] aufgezählten Ausnahmefällen. Ist allerdings eine Vorstrafe vor der Tilgungsreife in das Verfahren einbezogen worden oder geht der Streit gerade um den Eintritt der Tilgungsreife, so ist die Erwähnung dieser Vorstrafen nach erfolgter Tilgungsreife natürlich insoweit zulässig, als die Nichtzulässigkeit ihrer Verwertung erklärt wird.

g) Die Vorstrafe, deren Tilgung als versehentlich unterblieben erscheint

Ergibt sich aus einem Strafregisterauszug, daß inzwischen die Tilgung erfolgt oder die Tilgungsreife eingetreten sein müßte, so ist das Gericht nicht befugt, ohne weiteres selbständig über den Eintritt der Tilgungsreife zu entscheiden; denn darüber hat nach herrschender Auffassung[3] allein die Strafregisterbehörde zu befinden, weil nur diejenige Stelle, der der gesamte Inhalt des Strafregisters zugänglich ist, beurteilen könne, ob der Tilgung nicht ein Hindernis - etwa die Niederlegung einer Steckbriefnachricht (§ 3 Abs.2 StTilgG) - entgegensteht. Trotzdem ist das Gericht deswegen nicht der Pflicht enthoben, selbst zu prüfen, ob die Tilgungsreife eingetreten ist, da es mit der Möglichkeit eines Versehens der Registerbehörde rechnen muß[4]. Hält das Gericht eine Vorstrafe für tilgungsreif, so hat es der Registerbehörde Gelegenheit zur Überprüfung zu geben[5]. Lehnt die Registerbehörde

---

1) Hartung: Das Strafregister, § 5 StTilgG Anm. 2 d
Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 5 StTilgG Anm. II 2 c)

2) S. 55

3) RG, Urt.v.7.7.1921, in RGSt 56, 75 (76)
Hartung: Das Strafregister, § 5 StTilgG Anm. 2 c
Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 5 StTilgG Anm. II 2 b)
Schultheis in: Das Recht, 25. Jgg. (1921), Sp. 121
Dallinger-Lackner, § 101 N. 5

4) Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 5 StTilgG Anm. II 2 b)

5) Hartung: Das Strafregister, § 5 StTilgG Anm. 2 c)
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 5 StTilgG Anm. 4

eine Tilgung ab und erläßt auch die angerufene Dienstaufsichtsbehörde keine andere Entscheidung, so ist nach herrschender Auffassung[1] dies für das Gericht bindend, mag es auch die Gründe der Ablehnung für nicht zutreffend erachten[2]. Erlangt jedoch das Gericht die positive Kenntnis, daß keiner der Gründe der §§ 2, 3 StTilgG, die den Eintritt der Tilgungsreife hindern können, vorliegt und daß die Tilgungsfrist abgelaufen ist, so ist nicht einzusehen, warum das Gericht die tilgungsreife Vorstrafe als nicht getilgt ansehen soll; die Vorstrafe ist vielmehr als getilgt zu behandeln.

h) Die Vorstrafe, deren Tilgung als versehentlich erfolgt erscheint

Ist eine an sich noch nicht tilgungsreife Vorstrafe getilgt oder erscheint sie nicht im Strafregisterauszug, so ist ebenfalls die Entscheidung der Strafregisterbehörde maßgeblich; denn das Gericht kann z.B. nicht wissen, ob nicht etwa eine vorzeitige Tilgung gemäß § 8 StTilgG angeordnet worden ist[3]. Ist das Gericht der Meinung, die Tilgungsreife sei noch nicht eingetreten, so muß[4] es, bevor es sein Urteil fällt, die Entscheidung der Strafregisterbehörde herbeiführen, damit diese überprüft, ob die Löschung der Verurteilung zu Unrecht erfolgt ist und die Verurteilung nicht gemäß § 28 StRegVO wieder in das Strafregister aufgenommen werden kann. Lehnen die Strafregisterbehörde und deren Dienstaufsichtsbehörde eine Wiederaufnahme der gelöschten Vorstrafe in das Strafregister ab, so muß das Gericht auch eine zu Unrecht getilgte Vorstrafe als getilgte Vorstrafe behandeln[5].

---

1) siehe oben S. 58 Fußnote 3

2) Der Angeklagte hat allenfalls die Möglichkeit, im Verwaltungsrechtsweg die Auskunft der Strafregisterbehörde anzufechten; vgl. dazu OVG Berlin, Urt.v.19.3.1952, in NJW 1952, 1392.

3) Schultheis in: Das Recht, 25. Jgg. (1921), Sp. 121

4) Die Pflicht dürfte sich aus § 244 Abs.2 StPO ergeben.

5) Schultheis in: Das Recht, 25. Jgg. (1921), Sp. 120
Hartung: Das Strafregister, § 5 StTilgG Anm. 2 e)
Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 5 StTilgG Anm. II 2 b)

i) Die Vorstrafe, deren Strafmakel durch Richterspruch als beseitigt erklärt worden ist

Die Beseitigung des Strafmakels durch Richterspruch - der Art nach eine "rehabilitation judiciaire" - ist in ihrer Wirkung der Straftilgung angenähert, ohne sie jedoch völlig zu erreichen[1]; Der Verurteilte darf sich zwar gegenüber jedermann als unbestraft bezeichnen (§§ 100 Abs.1 JGG, 4 Abs.4 StTilgG)[2]; die Strafe bleibt jedoch im Strafregister vermerkt[3] und verliert nicht ihre rückfallbegründende Kraft[4]; die Beseitigung des Strafmakels kann widerrufen werden (§ 101 JGG) und stellt sich deshalb bis zum Ablauf der gesetzlichen Tilgungsfrist gleichsam als "Tilgung auf Probe" dar[5]. Das bedeutet, daß die Feststellung oder Erörterung einer Vorstrafe, deren Strafmakel durch Richterspruch beseitigt worden ist, grundsätzlich unter den allgemeinen Voraussetzungen zulässig ist. Da aber der Staat durch die jugendrichterliche Anordnung der Strafmakelbeseitigung dem Jugendlichen bescheinigt hat, daß er wegen seiner früheren Verfehlung rehabilitiert sei, müssen schon besonders wichtige Gründe vorliegen, die ein Zurückgreifen auf diese frühere Verurteilung als notwendig und berechtigt erscheinen lassen. Das wird im allgemeinen nur dann der Fall sein, wenn der Verurteilte in so erheblicher Weise erneut straffällig geworden ist, daß ein Widerruf der Beseitigung des Strafmakels in Frage kommt[6].

j) Die nichtregisterpflichtige Vorstrafe (sog. Bagatellstrafe)

Wenn auch bei Bestrafungen, die dem Strafregister nicht mitge-

---

1) Schaffstein, § 43 III 3 (S. 197)

2) Klemer in DJ 1943, 566

3) Der Beschluß, durch den der Strafmakel als beseitigt erklärt worden ist, wird allerdings in das Strafregister eingetragen, und es können nur noch der Strafrichter und der Staatsanwalt auf ausdrückliches Ersuchen Auskunft erhalten (§ 100 Abs.2 JGG).

4) Dallinger-Lackner, § 100 N.12 Grethlein, § 100 Anm. 2 b)

5) Schaffstein, § 43 III 3 (S. 198)

6) Dallinger-Lackner, § 100 N.11

teilt werden (§ 2 Abs.2 u. 3 StRegVO), das Schutzbedürfnis des Verurteilten angesichts des geringfügigen Strafmakels, der mit diesen Bestrafungen verbunden ist, gering sein mag[1], so darf man sie doch nicht infolge ihrer Nichtregisterpflicht so behandeln, als existiere das Straftilgungsgesetz nicht. Auch geringfügige Vorstrafen können sich bei der häufig anzutreffenden Gepflogenheit der Staatsanwälte, in ihren Plädoyers grundsätzlich jede Vorstrafe als Beweis für die kriminelle Gesinnung und Neigung des Angeklagten anzuführen[2], über Gebühr nachteilig für den Angeklagten auswirken[3]. Wenn der Gesetzgeber die geringfügigen Bestrafungen von der Registerpflicht ausnahm, weil er diese Bagatellsachen nicht für aufzeichnenswert hielt, so darf das nicht dazu führen, daß der in einer Bagatellsache Verurteilte sich schlechter steht als derjenige, dessen Vorstrafe im Strafregister eingetragen ist. Daraus ergibt sich zwingend, daß die Bagatellstrafe zumindest in dem Zeitpunkt, in dem im Falle ihrer Registerpflicht die Tilgungsreife eingetreten wäre, wie eine getilgte Vorstrafe zu behandeln ist[4]. Darüber hinaus läßt sich aber weiterhin begründen, daß die Bagatellstrafe schon von Anfang an wie eine getilgte Vorstrafe zu behandeln ist: gemäß § 4 Abs.4 S.2 StTilgG darf sich nämlich der Verurteilte im Falle der Tilgung einer Vorstrafe als unbestraft bezeichnen, soweit nicht eine andere noch nicht getilgte Verurteilung entgegensteht; eine nichtregisterpflichtige Vorstrafe hindert den Verurteilten also nicht, sich als unbestraft zu bezeichnen[5]. Gegen diese Gleichstellung der getilgten und der nichtregisterpflichtigen Vorstrafe[6] ergeben sich auch aus der Praxis deswegen keine

---

1) vgl. Oetker in GerS 87 (1920), 168
Bohrer in NJW 1954, 1029 Creifelds in GA 1957, 262

2) Bohrer in NJW 1954, 1029

3) Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 4 StTilgG Anm. V 4

4) Creifelds in GA 1957, 262

5) Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 4 StTilgG Anm. V 4

6) Stölzel (in PrVerwBl. 41 (1919/20), 561) bezeichnet sehr anschaulich die getilgte Strafe als tot, die nichtregisterpflichtige als totgeboren.

Bedenken, weil diese Bagatellstrafen keine rückfallbegründende Wirkung haben und ihre Bedeutung als Schuld- oder Beweisindiz minimal ist.

Eine Ausnahme muß jedoch gelten, wenn die Verurteilung wegen Übertretung einer Verkehrsvorschrift erfolgt und in die Verkehrssünderkartei eingetragen worden ist[1]; denn wenn der Richter von der Möglichkeit, gemäß § 6a Abs.2 StVG die Nichteintragung in die Verkehrssünderkartei anzuordnen, abgesehen und damit zu erkennen gegeben hat, daß er die Übertretung nicht als eine leichtere Zuwiderhandlung ansieht, besteht ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit daran, daß der Verurteilte sich erst dann als unbestraft bezeichnet, wenn die Strafe in der Verkehrssünderkartei tilgungsreif ist - in der Regel nach zwei Jahren (§ 13a Abs.1 S.3, 2 d) StVZO) -, und daß diese Strafe erst nach der Tilgung in der Verkehrssünderkartei einer getilgten registerpflichtigen Vorstrafe gleichgesetzt wird[2].

Nichtregisterpflichtige Vorstrafen (sog. Bagatellstrafen) sind folglich wie getilgte Vorstrafen zu behandeln[3], es sei denn, sie sind in der Verkehrssünderkartei eingetragen und dort noch nicht getilgt.

B. Zeitpunkt der Vorstrafenerörterung

Der Vorschlag, die Vorstrafen lediglich diskret im Vorverfahren festzustellen, um damit eine Bloßstellung des Angeklagten in der öffentlichen Hauptverhandlung zu vermeiden[4], scheitert schon daran, daß eine solche Praxis mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit unvereinbar wäre. Relevante Vorstra-

---

1) Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 4 StTilgG Anm. V 4
Insofern ist eben durch die Einführung der Verkehrssünderkartei auch für die Bagatellstrafen eine Art Registerpflicht geschaffen.

2) Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 4 StTilgG Anm. V 4; § 13a StVZO Anm. IX 2

3) Fuhrmann in Dalcke, § 4 StTilgG Anm. 13

4) vgl. Kohlhaas in NJW 1953, 852
Delaquis: Die Rehabilitation Verurteilter, S. 71

fen, die berücksichtigt werden sollen, müssen in der Hauptverhandlung in den Prozeß eingeführt werden[1) 2)].

Mit Peters[3)] ist zu fordern, den üblichen Vermerk "vorbestraft" im Rubrum der Anklageschrift, das allgemein als Rubrum des Eröffnungsbeschlusses übernommen wird, fortzulassen; denn dieser Vermerk stempelt den Angeklagten vor der Öffentlichkeit mit der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses zu einem Vorbestraften, ohne daß überhaupt feststeht, ob eine Vorstrafenerörterung erforderlich ist und im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung die Vorstrafe zum Gegenstand des Prozesses gemacht wird, und ohne daß der Angeklagte die Möglichkeit hat, eine unberechtigte Bezeichnung als "vorbestraft" zu verhindern. Will die Anklagebehörde auf relevante Vorstrafen hinweisen, so kann sie dies im Ermittlungsergebnis tun oder Vorstrafenakten als Beweismittel angeben oder in der Hauptverhandlung die Erörterung anregen.

Im derzeitigen Recht ist über den Zeitpunkt der Vorstrafenerörterung im Gesetz nichts bestimmt, und auch das Strafprozeßänderungsgesetz[4)] überläßt es dem Vorsitzenden zu bestimmen, wann die Vorstrafen festzustellen sind (§ 243 Abs.4 S.3 StPO/StPÄG)[5)].

Die zur Zeit noch herrschende Lehre und Praxis[6)] sehen die Vorstrafenerörterung als Teil der Vernehmung des Angeklagten zur Person an. Dies ist unhaltbar und wird auch vom Gesetzgeber in § 243 Abs.4 StPO/StPÄG nicht aufrechterhalten; denn vor der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses kann noch gar nicht entschieden werden, ob es überhaupt zulässig und tunlich ist, Vorstrafen

---

1) Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 24f.
Kleinknecht in KMR, § 267 Anm. 9 B f)
Oetker in GerS 67 (1905), 430 A. Mayer in NJW 1954, 501

2) Damit soll keineswegs gesagt sein, daß eine Vorstrafenfeststellung im Vorverfahren nicht zweckmäßig und zulässig sein kann; nur kann darin die Lösung der Vorstrafenfrage nicht gefunden werden.

3) Rehabilitierung Straffälliger, S. 22 u. 29 (These 11)

4) Bundestagsdrucksache IV/178

5) siehe oben S. 38

6) siehe oben S. 39, Fußnoten 3 und 4

festzustellen; die mit den Akten nicht vertrauten Richter, insbesondere die Laienrichter, können auch überhaupt noch nicht sinnvolle Fragen, die sich auf die Vorstrafen beziehen, stellen[1]. Über Vorstrafen kann also frühestens verhandelt werden zu Beginn der Vernehmung des Angeklagten zur Sache[2]. Zu diesem Zeitpunkt läßt sich eine Vorstrafenerörterung meist dann nicht umgehen, wenn die Vorstrafe für die Schuldfrage bedeutungsvoll ist, wenn es sich also um sog. Vorstrafendelikte handelt - nicht aber unbedingt bei den Rückfalldelikten[3] -, oder wenn eine bestimmte Vorstrafe als Indiz zur Überführung des Angeklagten verwertet werden soll; eine Vorstrafe als Prozeßhindernis ist ebenfalls schon jetzt zu beachten. Soweit dagegen Vorstrafen für die Strafzumessung von Bedeutung sind - und das sind die überwiegenden Fälle -, werden diese Vorstrafen beachtlich, nachdem das Gericht die Schuldfrage behandelt hat, d.h. also am Ende der Beweisaufnahme[4]. Erörtert das Gericht nur dann die Vorstrafen, wenn es voraussichtlich aufgrund der bisherigen Sachverhaltsaufklärung zu einer Verurteilung kommen wird, entkräftet es damit auch den Vorwurf des Anscheins der eventuellen Voreingenommenheit durch die Vorstrafenkenntnis[5]. Die Vorstrafenerörterung grundsätzlich am Ende der Beweisaufnahme wäre ein wichtiger Schritt auf dem Wege zur Einführung des sog. Schuld-Interlokuts[6]. Bei der zur Zeit üblichen, höchst systemwidrigen Verfahrenspraxis besteht das Kuriosum, daß sehr häufig zuerst

---

1) Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 23

2) vgl. auch R. Lorenz in DRiZ 1961, 330, sowie die Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer zu § 243 Abs.4 StPO/StPÄG, Begründung: 2. b) bb)

3) Bei den Rückfalldelikten zählen die rückfallbegründenden Vorstrafen zwar auch zur Schuldfrage; ihre Feststellung ist jedoch nicht zu Beginn der Verhandlung erforderlich, sondern kann ebensogut am Ende der Beweisaufnahme erfolgen; vgl. auch den StGB-E 1962, in dem der Rückfall bei der Strafzumessung eingeordnet ist (§ 61 StGB-E 1962).

4) Peters: Gutachten zum 41. DJT., S. 50
vgl. auch Schwarz-Kleinknecht, § 243 Anm. 5

5) vgl. Schwarz-Kleinknecht, § 136 Anm. 3

6) vgl. Peters: Gutachten zum 41. DJT., S. 51

über Strafzumessungstatsachen verhandelt wird und dann erst über die primäre Frage, ob der Angeklagte die Tat überhaupt begangen hat und deswegen bestraft werden kann. Am Ende der Beweisaufnahme dagegen ist das Gericht in der Lage, wenn es überzeugt ist, daß es zu keiner Verurteilung kommen wird, von einer Vorstrafenfeststellung gänzlich abzusehen, und kann dadurch eine unnötige Bloßstellung des später freigesprochenen Angeklagten vermeiden[1]. Das Gericht kann so die meisten der zahlreichen tragischen Fälle, die durch eine unnötige Vorstrafenerörterung entstehen, verhindern. Gibt es auch keine Zahlenangaben darüber, wieviele der jährlich Freigesprochenen[2] vorbestraft sind und bei wievielen von ihnen die Vorstrafen unnötigerweise festgestellt worden sind, so liegt letztere Zahl zur Zeit sicher noch sehr hoch.

Zusammenfassend ist also zu fordern, daß es nicht dem Ermessen des Vorsitzenden allein überlassen sein soll, wann die Vorstrafen des Angeklagten festgestellt werden[3], sondern daß das Gericht grundsätzlich erst am Schluß der Beweisaufnahme und nur dann, wenn die Sachverhaltsaufklärung voraussichtlich zu einer Verurteilung führen wird, die Vorstrafen und die ihnen zugrunde liegenden Vorgänge erörtert[4] und daß vor diesem Zeitpunkt - frühestens bei der Vernehmung des Angeklagten zur Sache - nur dann, wenn dies für die Schuldfeststellung bedeutungsvoll ist, nach den entsprechenden Vorstrafen gefragt werden darf; in letzteren Fällen mag der Vorsitzende bestimmen, wann im einzelnen die Vorstrafen erörtert werden.

---

1) vgl. Schwarz-Kleinknecht, § 136 Anm. 3

2) Im Jahre 1959 waren es in der Bundesrepublik Deutschland 49.082 Personen, die von der Anklage eines Verbrechens oder Vergehens freigesprochen wurden (berechnet aus den Angaben des Statistischen Bundesamtes in Rechtspflege 1959, S. 25).

3) Dann bestände keinerlei Gewähr, daß nicht doch ein Vorsitzender immer erst einmal alle Vorstrafen eines Angeklagten feststellt.

4) Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 9 (These 12)
vgl. auch Abg. Frau Dr. Diemer-Nicolaus in der 21. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 29. März 1962 (Sten.Prot. Nr. 21, S. 12)

C. Prozessuale Möglichkeiten der Vorstrafenfeststellung

1. Befragung des Angeklagten

Sollen die Vorstrafen allgemein oder bestimmte Vorstrafen festgestellt werden, so sollte zuerst einmal der Angeklagte selbst gefragt werden, ob er vorbestraft sei, und es sollten ihm nicht sofort aus dem Strafregisterauszug seine Vorstrafen vorgehalten werden; nicht weil diese Forderung ein Postulat der Höflichkeit ist - vielen Angeklagten ist die Frage nach den Vorstrafen äußerst peinlich -, sondern damit der psychologische Überfall vermieden wird, der darin zu erblicken ist, daß das Gericht im Eröffnungsbeschluß dem Angeklagten erklärt, es halte ihn für hinreichend der Tat verdächtig, und daß es ihm sogleich seine bisherigen Verurteilungen vorhält, ein Verfahren, bei dem zu leicht der Eindruck der Überheblichkeit und Voreingenommenheit des Richters beim Angeklagten entstehen kann, der den Angeklagten sogleich in eine starke Opposition zu seinem Richter treibt und ein gutes Verhältnis zwischen Richter und Angeklagtem im Prozeß nicht aufkommen läßt[1]. Wird dagegen der Angeklagte zuerst selbst befragt, so kann er sich viel besser auf die Erörterung der Vorstrafen einstellen und hat die Möglichkeit, eventuelle Gegenrechte geltend zu machen. Soll die Vorstrafenerörterung bei der Vernehmung des Angeklagten zur Sache erfolgen, so ist es das Gegebene, wenn der Richter mittels einer Zwischenfrage darauf hinwirkt, daß der Angeklagte von sich aus seine Vorstrafen angibt[2]. Vom Geschick des Vorsitzenden hängt es sehr ab, ob der Angeklagte für eine positive Mitarbeit an der Wahrheitserforschung gewonnen wird[3]. Will der Angeklagte nicht antworten oder leugnet er vorhandene Vorstrafen ab, so kann der Vorsitzende ihm mit Hilfe des Strafregisterauszuges die Vorstrafen vorhalten. Auch dem aussagewilligen Angeklagten wird ein Vorhalt aus dem Strafregisterauszug oft nicht unwillkommen sein, da es einerseits

---

1) vgl. Ackermann in DRiZ 1958, 334

2) Zur Art der Verhandlungsleitung und der Behandlung des Angeklagten durch den Vorsitzenden siehe Breithaupt in DRiZ 1962, 47f.

3) vgl. Gutmann in JuS 1962, 372

vielen angenehmer ist, auf Vorhalt Vorstrafen zuzugeben, und andererseits der Angeklagte in der Regel seine Vorstrafen so genau gar nicht angeben kann. Wenn auch die Befragung des Angeklagten somit für sich allein nur selten eine exakte Vorstrafenfeststellung ermöglicht, so sollte sie doch aus den genannten Gründen immer an erster Stelle stehen. Manchmal ist die Befragung sogar die einzige Möglichkeit, die Vorstrafen festzustellen, wenn der Angeklagte z.B. Ausländer oder Flüchtling aus Mitteldeutschland ist und keine schriftlichen Unterlagen oder sonstigen Beweismittel erhältlich sind. Letzteres trifft auch dann zu, wenn die Vorstrafen getilgt oder tilgungsreif sind. Ist die Tilgungsreife der Vorstrafe eingetreten, so ist die Befragung des Angeklagten nach solchen Vorstrafen durch das Gericht nicht ohne weiteres zulässig, da dies dem Wesen der Rehabilitation und Tilgung widersprechen und die durch die Tilgung erstrebte Rehabilitationswirkung vereiteln würde. Will das Gericht nach getilgten Vorstrafen fragen, so muß es zuerst eine Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG erlassen.

2. Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG

§ 4 Abs.4 S.3 StTilgG bestimmt, daß das Gericht oder der Staatsanwalt aus besonderen Gründen anordnen können, daß der Verurteilte auch über bereits getilgte Strafen Auskunft zu geben hat. Die bloße Möglichkeit, daß eine Beziehung von Vorstrafen zur Schuld- oder Straffrage bestehen kann, reicht für eine solche Anordnung noch nicht aus[1]. Der Gesetzgeber wollte durch die Einfügung des § 4 Abs.4 S.3 StTilgG nur in Ausnahmefällen die Möglichkeit eröffnen, auch getilgte Vorstrafen festzustellen. Solche Ausnahmefälle können aber nur dann vorliegen, wenn die Verwertung getilgter Vorstrafen überhaupt zulässig ist[2]. Wenn auch die Formulierung des Gesetzes - "aus besonderen Gründen" -

---

1) R. Lorenz in DRiZ 1961, 330

2) siehe oben S. 55
vgl. auch Kohlhaas in NJW 1953, 852
a.A. A. Mayer (in NJW 1954, 501), der grundsätzlich auf das pflichtgemäße Ermessen des erkennenden Gerichts abstellt.

sehr allgemein gehalten ist, so setzen diese besonderen Gründe eben doch voraus, daß überhaupt getilgte Vorstrafen für die Entscheidung von Bedeutung sein können, also nur bei den sog. Vorstrafendelikten und, falls eine getilgte Vorstrafe ein Prozeßhindernis darstellt. Erst wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, ist weiterhin zu prüfen, ob besondere Gründe es rechtfertigen, das mit der Tilgung erstrebte Vergessen der Strafe zu unterbinden, weil das beachtliche Interesse der Rechtspflege und damit auch der Öffentlichkeit an der Feststellung dieser Vorstrafe das Interesse des Einzelnen an ihrer Verschweigung überwiegt. Ist jedoch die Verwertbarkeit der getilgten Vorstrafe zulässig, so werden in der Regel auch besondere Gründe vorliegen, die eine Anordnung aus § 4 Abs.4 S.3 StTilgG rechtfertigen. Das Gesetz räumt sowohl dem Gericht wie auch dem Staatsanwalt die Befugnis ein, eine solche Anordnung zu erlassen. In der Hauptverhandlung wird aber nur das Gericht eine solche Anordnung treffen dürfen[1]; denn das Gericht ist alleiniger Herr des Verfahrens, dessen Vorrangstellung der Staatsanwalt nicht beeinträchtigen darf[2]. Es handelt sich nicht um die Ausübung des Fragerechts, die dem Staatsanwalt zu gestatten wäre (§ 240 Abs.2 S.1 StPO). Daß nicht allein der Vorsitzende, sondern nur das Gericht - durch Beschluß - die Anordnung erlassen kann[3], ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes und entspricht allein der Bedeutung dieser Anordnung, die als Ausnahmeregelung wohl bedacht sein will.

Auch wenn nichtregisterpflichtige Vorstrafen - ausgenommen die in der Verkehrssünderkartei eingetragenen -, die den getilgten Vorstrafen gleichzusetzen sind[4], ausnahmsweise festgestellt

---

1) Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 29 (These 14)
Kleinknecht in KMR, § 68a Anm. 3
Wachinger in DJ 1940, 867
a.A. Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 4 StTilgG Anm.V 3 b

2) vgl. Burchardi-Klempahn: Der Staatsanwalt, Nr. 234

3) Hartung in JR 1952, 44
Creifelds in GA 1957, 259

4) siehe oben S. 62

werden sollen, ist entsprechend § 4 Abs.4 S.3 StTilgG zu verfahren[1].

3. Verlesung eines Strafregisterauszuges

Bei der Feststellung der Vorstrafen spielt der Strafregisterauszug eine entscheidende Rolle[2] [3], sei es, daß der Vorsitzende dem Angeklagten aus ihm einzelne Vorstrafen vorhält - so in der Praxis[4], weil eine Verlesung eine Protokollierung notwendig macht (§ 273 Abs.1 StPO), der Vorhalt dagegen nicht[5] -, sei es, daß er ihn gänzlich oder teilweise zur Verlesung bringt. Sinn und Zweck des Strafregisters ist es ja, im Interesse der Öffentlichkeit die Vorstrafen übersichtlich aufzuzeichnen, damit auch in späteren Strafverfahren auf sie zurückgegriffen werden kann. Daß der Strafregisterauszug auf dem neuesten Stand sein sollte, da maßgeblich für den Umfang der Vorstrafen der Zeitpunkt der Hauptverhandlung ist, dürfte sich eigentlich von selbst verstehen, wird allerdings in der Praxis der Gerichte wohl nicht ganz so genau genommen. Ältere Strafregisterauszüge gewährleisten nämlich nicht die Vollständigkeit, da inzwischen neue Verurteilungen erfolgt sein können, und nicht die Richtigkeit, da inzwischen Vorstrafen tilgungsreif oder getilgt worden sein können. Das Ausstellungsdatum des Strafregisterauszuges muß deshalb genauestens beachtet werden und sollte eigentlich bei jeder Verwendung eines Strafregisterauszuges vorab erwähnt werden; die Prozeßbeteiligten haben dann schon sogleich die Möglichkeit, eventuelle Einwände gegen die Verwendung dieses Strafregisterauszuges geltend zu machen.

---

1) Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 4 StTilgG, Anm. 13
Huschka in NJW 1954, 789 Creifelds in GA 1957, 262
a.A. Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 4 StTilgG Anm. V 4

2) vgl. Nr. 16 RiStV

3) Zieht der Tatrichter keinen Strafregisterauszug bei und erhält er deshalb von Vorstrafen, die bei der Findung der gerechten Strafe zu berücksichtigen sind, keine Kenntnis, so kann darin eine Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht liegen (OLG Hamm, Urt.v.31.8.1953, in NJW 1953, 1883).

4) vgl. Schorn: Der Strafrichter, S. 234f.

5) Geier in LR, § 249 Anm. 13

Die Verlesung eines Strafregisterauszuges ist zulässig und verstößt nicht gegen § 256 StPO. Gemäß § 249 StPO können Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke, insbesondere auch Straflisten (§ 249 S.2 StPO), d.h. die durch Erteilung eines Strafregisterauszuges gegebenen Auskünfte der Strafregisterbehörden[1], in der Hauptverhandlung verlesen werden. Der Strafregisterauszug ist kein Leumundszeugnis[2] (ebensowenig wie das polizeiliche Führungszeugnis[3]); denn er enthält kein sittliches und soziales Werturteil, sondern nur Art und Zahl der Vorstrafen[4], die als "Leumundstatsachen" nicht unter das beschränkte Beweisverbot des § 256 StPO fallen[5].
Will das Gericht durch Verlesung des Strafregisterauszuges schon bei der Vernehmung des Angeklagten zur Person - wie es zur Zeit in der Praxis zumeist geschieht[6] - die Vorstrafen feststellen, so ist dies ein Stück Beweisaufnahme, die aber in diesem Stadium des Verfahrens schon zulässig sein soll, weil dies keine unzulässige Abweichung vom gesetzlich vorgesehenen Gang der Hauptverhandlung (§ 243 StPO) darstelle[7]; es erscheint aber sehr bedenklich, mit einem Teil der Beweisaufnahme zu beginnen, ehe das Verfahren überhaupt eröffnet ist; auch dies ist ein Gegenargument gegen die Gepflogenheit, schon bei der Vernehmung zur Person die Vorstrafen des Angeklagten zu erörtern. Bestreitet der Angeklagte die Richtigkeit des Strafregisterauszuges, so hat das Gericht nach den allgemeinen Beweisregeln

---

1) OLG Kiel, Urt.v.13.6.1946, in SchlHA 1946, 290
Eb. Schmidt: II, § 249 Erl. 13
Geier in LR, § 249 Anm. 5 b)
Schorn: Der Strafrichter, S. 234

2) Alsberg-Nüse, S. 276

3) Runderlaß des RMdI vom 27. 5. 1940 (RMBliV S. 1593), I. (1)
vgl. Schütze, S. 17
anders in der Regel allgemeine Führungszeugnisse (Eb. Schmidt: II, § 256 Erl. 5)

4) vgl. Eb. Schmidt: II, § 256 Erl. 5

5) Kleinknecht in KMR, § 256 Anm. 4 a)
vgl. auch RG, Urt.v.22.6.1911, in: Das Recht 1911, Nr. 2693

6) siehe oben S. 39, Fußnote 4

7) Eb. Schmidt: II, § 243 Erl. 18

darüber zu befinden, ob es trotz des Widerspruchs die Feststellung der Vorstrafen für gegeben ansieht[1]. Im allgemeinen ist der amtliche Strafregisterauszug so beweiskräftig, daß nur begründete Zweifel Anlaß zu einer weiteren Prüfung geben[2]. Im Zweifelsfalle empfiehlt es sich aber immer, die Vorstrafenakten herbeizuziehen, zumindest einen neuen Strafregisterauszug einzuholen.

Enthält ein Strafregisterauszug tilgungsreife Vorstrafen, so ist die Verlesung insoweit nur zulässig, wenn eine Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG erfolgt ist[3].

4. Verlesung eines Auszuges aus der Verkehrssünderkartei

Für die nichtregisterpflichtigen verkehrsrechtlichen Vorstrafen scheidet der Strafregisterauszug als Beweismittel aus. Seine Funktion nimmt hier der Auszug aus der Verkehrssünderkartei ein. Für seine Verlesung gilt das gleiche wie für die des Strafregisterauszuges. Soweit es also zulässig ist, auf diese Bagatell-Vorstrafen zurückzugreifen[4], kann das Gericht zum Zwecke der Feststellung einen Auszug aus der Verkehrssünderkartei verlesen[5].

---

1) vgl. OLG Kiel, Urt.v.13.6.1946, in SchlHA 1946, 289
Hartung in JR 1952, 44

2) Kleinknecht in KMR, § 249 Anm. 5
Dagegen kann z.B. in Griechenland die Strafregisterabschrift keinen vollen Beweis erbringen (Eckleben, aaO., S. 289).

3) Kleinknecht in KMR, § 249 Anm. 5 Hartung in JR 1952, 44
Eb. Schmidt: II, § 243 Erl. 18

4) siehe oben S. 62

5) Die Gegenmeinung Wäldes (in NJW 1957, 433f.), es sei unzulässig, Mitteilungen aus Verkehrssünderkarteien zu verwerten, ist durch die Schaffung der zentralen, bundeseinheitlichen Verkehrssünderkartei aufgrund des Gesetzes vom 16. 7. 1957 (BGBl I 710) und der VO vom 25. 7. 1957 (BGBl I 777) überholt; desgleichen ist die Entscheidung des OVG Münster (Urt. v.28.7.1953 in NJW 1953, 1727, 1728) überholt. Das OLG Hamm (Urt.v.25.10.1956 in NJW 1956, 1934) hatte dagegen - vom heutigen Standpunkt aus zu Recht - in der Nichtverlesung des bei den Akten befindlichen Auszuges aus der Verkehrssünderkartei eine eventuelle Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht gesehen.

5. Verlesung eines Strafurteils

Die sicherste Möglichkeit, eine Vorstrafe festzustellen, ist die Verlesung des betreffenden Strafurteils. Daß diese Verlesung grundsätzlich zulässig ist, wird in § 249 S.2 StPO eigens erwähnt[1]. Ob dies im Einzelfall erforderlich und zulässig ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen[2]. Die Beiziehung der Vorstrafenakten ist immer dann erforderlich, wenn den Vorstrafen im neuen Prozeß eine wesentliche Funktion zukommt, und empfiehlt sich darüber hinaus in allen wichtigen Verfahren[3]. In Nr. 56 der Richtlinien für das Strafverfahren[4] wird die Beiziehung der Vorstrafenakten für die Feststellung der Rückfallvoraussetzungen, die Prüfung des § 20a StGB und die Beurteilung der Gleichartigkeit der Vortaten im Hinblick auf die Strafzumessung ausdrücklich angeregt und vorgeschlagen. Ist eine Erörterung der Vorstrafe sowie der Vortat notwendig und reicht die Feststellung der Vorbestrafung als solcher nicht aus, so ist die Verlesung des Strafurteils das gegebene Beweismittel. Kann das Gericht infolge des Eintritts der Tilgungsreife aus dem Strafregisterauszug die Vorstrafe nicht mehr ersehen, so ist doch eine Feststellung der Vorstrafe durch Verlesung des Strafurteils oft noch möglich, da die Justizverwaltung die Strafurteile in der Regel dreißig Jahre lang nach der Weglegung, d.h. nach Beendigung der Strafvollstreckung, zu verwahren hat[5], eine Zeit, die im allgemeinen über die Tilgung der Strafe im Strafregister hin-

---

1) siehe im einzelnen Groth, S. 24, 25

2) § 249 StPO trifft keine Bestimmung über die Zulässigkeit der Verlesung, sondern bestimmt nur die Form des Urkundenbeweises (Groth, S. 23).

3) Burchardi-Klempahn: Der Staatsanwalt, Nr.123

4) vom 1. August 1953 in der Fassung vom 1. Januar 1960

5) § 7 Abs.5 u. 7 AktO; lfd. Nr.48, 629 AufbewBest. Teilweise beträgt die Frist sogar 50 Jahre (§ 7 Abs.5 u. 7 AktO, lfd. Nr.722 AufbewBest.).

ausgeht[1]. Die Frage, ob das Urteil einer tilgungsreifen oder getilgten Bestrafung zum Beweise verlesen werden kann, bestimmt sich danach, ob die tilgungsreife oder getilgte Vorstrafe verwertet werden darf[2]. Ist die Feststellung einer getilgten Vorstrafe - z.B. bei den sog. Vorstrafendelikten - zulässig, so ist auch die Verlesung des betreffenden Urteils zum Zwecke der Feststellung zulässig; es muß jedoch dann zuerst eine Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG erfolgt sein[3].

6. Vernehmung eines Zeugen

Da die Feststellung der Vorstrafen eine Beweisfrage ist, ist auch die Vernehmung eines Zeugen, z.B. des Richters, der auf die Vorstrafe erkannt hat, oder des Beamten, der die Strafvollstrekkung geleitet hat, ein zulässiges Beweismittel[4]. Es gelten insofern die allgemeinen Bestimmungen (§§ 52ff. StPO). Soll der Zeuge über getilgte Strafen des Angeklagten aussagen, so ist dies zulässig, wenn eine Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG gegenüber dem Angeklagten vom Gericht erlassen worden ist[5]. Kann die persönliche Vernehmung eines Leumundszeugen nur unter Überwindung größter Hindernisse oder gar nicht stattfinden, so ist unter den Voraussetzungen des § 251 StPO eine Verlesung der von diesem Zeugen früher gemachten Angaben zulässig, da § 256 StPO nur die Verlesung behördlicher Leumundszeugnisse verbietet[6].

---

1) vgl. Nr. 118 Abs.3 RiStV sowie die AV d.JM v. 19. 1. 1961 betr. die Akteneinsicht in Strafakten nach der Tilgung des Vermerks über die Bestrafung im Strafregister (JMBl NRW S.25)

2) siehe oben S. 55

3) Kleinknecht in KMR, § 249 Anm. 5

4) Olshausen, S. 153
vgl. auch Rilk in JW 1937, 716

5) Kleinknecht in KMR, § 249 Anm. 5

6) Eb. Schmidt: II, § 256 Erl. 6
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 256 Anm. 3

7. Sonstige Beweismittel (fernmündliche Auskunft, Personalakteneinsicht u.ä.)

In Eilfällen kann das Gericht Auskunft aus dem Strafregister telegraphisch oder fernmündlich erlangen. Telegraphische Auskunft muß auf Verlangen erteilt werden (§ 33 Abs.4 StRegVO); das Telegramm tritt dann an die Stelle des Strafregisterauszuges. Fernmündliche Auskunft kann in dringenden Fällen erfordert und erteilt werden (§ 33 Abs.5 StRegVO)[1]. Sie ist zweckmäßigerweise nicht durch ein Mitglied des Gerichts oder den Vertreter der Staatsanwaltschaft, sondern durch einen am Verfahren unbeteiligten Justizangestellten einzuholen; denn dann kann sie durch eine Zeugenaussage in den Prozeß eingeführt und als Beweismittel verwertet werden, anderenfalls dagegen nur als Vorhalt Verwendung finden.

Ist der Angeklagte Beamter, so bietet sich die Möglichkeit, zur Vorstrafenfeststellung seine Personalakte herbeizuziehen[2]. Ihr Inhalt kann zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden, soweit dies erforderlich ist, da in einem solchen Falle das Interesse an einer möglichst gerechten Beurteilung der Persönlichkeit des beschuldigten Beamten gegenüber dem Interesse des Beamten an Geheimhaltung seiner Akte den Vorrang hat[3].

Besonders dann, wenn es um die Feststellung solcher Vorstrafen geht, die aus dem Strafregister infolge der Tilgung nicht mehr ersichtlich sind, fragt es sich, ob ihre Feststellung durch Einsicht in die Personalakte vielleicht noch möglich ist. Daß Vorstrafenvermerke oder Hinweise auf Vorbestrafungen mit Eintritt der Tilgungsreife weiter in der Personalakte verbleiben, mag in der Praxis sicher vorkommen, ist aber grundsätzlich abzulehnen. Sind Vorstrafen eines Beamten im Strafregister getilgt oder ist ihre Tilgungsreife eingetreten, so sind auch die

---

1) Aus der Verkehrssünderkartei werden dagegen fernmündliche Auskünfte nicht erteilt (Allg.Verw.V. d.BMdV vom 20.12.1957 (BAnz Nr.247, S. 6) Nr.3 zu § 13c StVZO).

2) AV. d.RJM. vom 27.9.1937 (DJ S. 1516)

3) vgl. AV. d.RJM. vom 27.9.1937 (DJ S. 1516)

Vorgänge, die über diese gerichtlichen Bestrafungen des Beamten Auskunft geben, aus der Personalakte zu entfernen[1] [2];

---

1) Redelberger in ZBR 1954, 142f.
Schütz in DÖD 1958, 52; ZBR 1958, 242; DÖD 1963, 88
Schnupp in ZBR 1959, 388; DÖD 1962, 184
Nölle in RiA 1960, 180 Bank in RiA 1962, 19
a.A. BAG, Urt.v.17.1.1956, in AP Nr.1 zu § 611 Fürsorgepflicht
Neumann-Duesberg in AP Nr.1 zu § 611 Fürsorgepflicht

2) Der Einwand z.B. von Kunze (in ZBR 1959, 76) und Lindgen (in DÖD 1962, 189), eine Tilgung sei technisch in einer Personalakte schon deswegen nicht möglich, weil infolge der Durchnumerierung der Blätter durch die Herausnahme eines Vorganges eine dem kundigen Leser erkennbare Lücke entstehen würde, ist deshalb nicht stichhaltig, weil es etwa möglich ist, strafrechtlich relevante Vorgänge nicht mit der folgenden Nummer, sondern mit der Vornummer unter Hinzufügung kleiner Buchstaben zu versehen, so daß eine spätere Herausnahme unerkennbar wäre; Schutz gegen unbefugte Entnahme dieser Vorgänge könnte ein Deckblatt sein, das die zusätzlichen Numerierungen mitaufzeigt. Das weitere Argument, die Vorstrafe als Faktum könne niemals getilgt werden (Lindgen in DÖD 1962, 189), soll insoweit nicht bestritten werden, als das Faktum der Vorbestrafung nicht ungeschehen gemacht werden kann, rechtfertigt aber nicht die Nichtentfernung der betreffenden Vorgänge, da sonst die nach der Tilgung vorgesehene Behandlung der Vorstrafe als nicht geschehen nicht gewährleistet zu sein scheint (anschaulich Schnupp in ZBR 1962, 71). Auch wenn darauf hingewiesen wird, ein vernünftiger Vorgesetzter werde strafrechtliche Vorgänge aus weit zurückliegender Zeit nicht dem Beamten mehr anlasten (Kunze in ZBR 1959, 76), überzeugt das nicht, weil einseitig auf den Ideal-Vorgesetzten abgestellt wird. Schließlich wird auch die Meinung vertreten, gerade bei einem Beamten könne aus überwiegenden öffentlichen Belangen ein Interesse an der Vorstrafe über die Tilgung hinaus bestehen; bei Bewerbungen um hohe verantwortungsvolle Stellen seien auch getilgte Strafen zu offenbaren (vgl. z.B. BGH, Urt.v.22.6.1954, in BGHSt 6, 243/244). Dagegen läßt sich sagen, daß das Straftilgungsgesetz keinen Unterschied zwischen Beamten und Nichtbeamten macht und daß eine solche Ausnahmestellung mit der durch das Straftilgungsgesetz geschaffenen Regelung nicht in Einklang zu bringen ist. So hat auch inzwischen der Bundesgesetzgeber die heiß umkämpfte Streitfrage der Löschung von Disziplinarstrafen durch die Einfügung des § 103a BDO (durch Gesetz vom 21.8.1961, BGBl I 1361) dahin entschieden, daß nach einer bestimmten Zeit die Disziplinarstrafen Warnung, Verweis und Geldbuße in den Personalakten des Beamten zu tilgen sind (zustimmend Schnupp in ZBR 1962, 73; Teichmann in DÖD 1962, 186; vgl. auch Jülicher, S. 41; ablehnend Claussen in ZBR 1961, 374, und Lindgen in DÖD 1962, 11 u. 190).

denn sonst wäre die mit der Tilgung der Strafe im Strafregister erstrebte Wirkung der Rehabilitation bei einem Beamten nicht gewährleistet[1]. Sollte aus einer Personalakte eine getilgte Vorstrafe noch ersichtlich sein, so darf das Gericht nur unter den Voraussetzungen des § 4 Abs.4 S.3 StTilgG diese Vorstrafe zur Sprache bringen[2].

D. Frage- und Antragsrecht der Prozeßbeteiligten bei der Vorstrafenerörterung

1. Der Vorsitzende des Gerichts

In erster Linie ist der Vorsitzende derjenige der Prozeßbeteiligten, der den Angeklagten nach Vorstrafen zu fragen hat, falls dies erforderlich ist; denn ihm obliegt die Verhandlungsleitung; er hat den Angeklagten zu vernehmen und die Beweisaufnahme durchzuführen (§ 238 Abs.1 StPO)[3]. Soll die Vorstrafenermittlung bei der Vernehmung des Angeklagten zur Sache erfolgen, so hat der Vorsitzende das Fragerecht, weil die Vernehmung als eine Befragung anzusehen ist[4]. Erfolgt die Vorstrafenermittlung am Ende oder innerhalb der Beweisaufnahme, so hat der

---

1) siehe Nölle in RiA 1957, 340, sowie Schnupp in ZBR 1962, 71 vgl. auch BVerwG, Urt.v.25.10.1960, in DÖV 1961, 267 (269)

2) Kleinknecht in KMR, § 249 Anm. 5

3) Auf die mannigfachen Reformvorschläge, die dem Vorsitzenden diese Aufgabe nehmen wollen, damit das Gericht nicht untersuchendes sondern nur erkennendes Gericht sei und die Möglichkeit einer Vorbeeinflussung durch die Aktenkenntnis (vgl. Schorn: Der Strafrichter, S. 184; aber auch Ruscheweyh in SchlHA 1959, 283) von vorneherein ausgeschlossen sei, und die darum teils die prozessuale Stellung des Staatsanwalts verstärken, teils sogar einen eigenen Verhandlungsleiter einführen wollen, kann hier nicht eingegangen werden. Siehe dazu Engelhard in ZStW 58 (1939), 335ff., Amelunxen in DRiZ 1962, 188ff. sowie Eb. Schmidt in NJW 1963, 1081ff.

4) Bethge, S. 8
Die Vernehmung umfaßt nach unserem Recht die Veranlassung zur Darstellung im Zusammenhang sowie die Stellung ergänzender Fragen zur Klarstellung und Vervollständigung der Aussage zum Thema der Vernehmung (Bethge, S. 9).

Vorsitzende das Recht, nach den Vorstrafen zu fragen oder die Erhebung diesbezüglicher Beweismittel zu betreiben oder anzuordnen, weil insofern die Vorstrafenfeststellung Teil der von ihm durchzuführenden Beweisaufnahme ist und er - vorbehaltlich einer Beanstandung nach § 238 Abs.2 StPO - selbständig die Erhebung eines Beweises bestimmen kann[1].
Nach getilgten Vorstrafen darf der Vorsitzende den Angeklagten nicht fragen; zur Feststellung getilgter Vorstrafen ist vielmehr erst eine besondere Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG erforderlich, die nicht der Vorsitzende allein, sondern nur das Gericht insgesamt erlassen kann[2].

2. Die beisitzenden Berufsrichter

Gemäß § 240 Abs.1 StPO hat der Vorsitzende den beisitzenden Richtern auf Verlangen zu gestatten, Fragen an den Angeklagten zu stellen[3]. Eine auch nur vorübergehende Übertragung der Leitung der Verhandlung auf einen beisitzenden Berufsrichter ist dagegen nicht statthaft[4]; diese dürfen nur einzelne Fragen stellen[5]. Die Beisitzer können ihr Fragerecht erst ausüben nach Abschluß der Vernehmung des Angeklagten durch den Vorsitzenden, weil die Vernehmung aus den vom Reichsgericht[6] über-

---

1) Peters: Strafprozeß, § 38 IV 4 (S. 248)
Gerland: Strafprozeß, § 99 I 2 b) (S. 365)
Beling, § 75 VIII 2 (S. 379) Alsberg-Nüse, S. 404
a.A. Schwarz (§ 244 Anm. 5 A), der darüber hinaus in diesem Punkt den Vorsitzenden gegenüber dem Kollegium als völlig unabhängig ansieht.

2) siehe oben S. 68, Fußnote 3

3) ebenso auch den Ergänzungsrichtern (§ 192 GVG), da diese vollständig informiert sein müssen, um (gegebenenfalls) das Urteil mitfällen zu können (RG, Urt.v.6.7.1933, in RGSt 67, 276f.; Eb. Schmidt: II, § 240 Erl. 2; Geier in LR, § 240 Anm. 1; Erbs, § 240 Anm. III; Schwarz, § 240 Anm. 1; Schorn: Der Strafrichter, S. 192; Schretzmeier, S. 31)

4) RG, Urt.v.1.11.1883, in RGSt 9, 310 (319)
Schwarz-Kleinknecht, § 238 Anm. 7 A
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 238 Anm. 3
Geier in LR, § 238 Anm. 5 Erbs, § 240 Anm. IV

5) Eb. Schmidt: II, § 240 Erl. 2 u. 9
Schwarz-Kleinknecht, § 240 Anm. 3
Kleinknecht in KMR, § 240 Anm. 3

6) RG, Urt.v.23.3.1934, in RGSt 68, 110 (111)

zeugend dargelegten Gründen[1] nicht gestört werden darf[2]; der Vorsitzende kann jedoch im Einzelfall Zwischenfragen gestatten[3]. Eine Zurückweisung der Fragen als ungeeignet oder nicht zur Sache gehörig durch den Vorsitzenden ist gegenüber den beisitzenden Berufsrichtern nicht möglich (§ 241 Abs.2 StPO); der Vorsitzende kann jedoch bei Zweifeln an der Zulässigkeit einer Frage die Entscheidung des Gerichts herbeiführen (§ 242 StPO)[4]. In der Beweisaufnahme können die Beisitzer nicht selbständig eine Beweiserhebung über etwaige Vorstrafen anordnen, sondern nur intern anregen.

3. Die Schöffen oder Geschworenen

Auch die Laienrichter, die Schöffen oder Geschworenen, haben das Recht, Fragen an den Angeklagten nach seinen Vorstrafen zu stellen (§ 240 Abs.2 S.1 StPO); sie unterstehen aber bei der Ausübung ihres Fragerechts der Kontrolle des Vorsitzenden, der ihre Fragen, falls diese ungeeignet sind oder nicht zur Sache gehören, insbesondere, wenn die Feststellung einer Vorstrafe unzulässig ist, zurückweisen kann (§ 241 Abs.2 StPO).

4. Der Vertreter der Staatsanwaltschaft

Auch dem Staatsanwalt hat der Vorsitzende auf Verlangen zu ge-

---

1) Wenn auch die Entscheidung des RG (aaO.) zu einer Zeit erging, als die übrigen Prozeßbeteiligten kein Recht hatten, Fragen an den Angeklagten zu stellen, so ist ihr Ziel, die Vernehmung des Angeklagten als "empfindlichsten Verhandlungsvorgang" vor einer Trübung durch Fragen und Vorhaltungen anderer Prozeßbeteiligter zu schützen, auch heute noch anerkennenswert.

2) Eb. Schmidt: II, § 240 Erl. 2 — Schwarz, § 240 Anm. 3 A
Geier in LR, § 240 Anm. 2 — Schretzmeier, S. 35
Kleinknecht in KMR, § 240 Anm. 1 — Bethge, S. 78
Niethammer in JZ 1951, 133

3) Geier in LR, § 240 Anm. 2

4) Eb. Schmidt: II, § 241 Erl. 6, § 242 Erl. 3
Geier in LR, § 241 Anm. 2, § 242 Anm. 1
Kleinknecht in KMR, § 241 Anm. 1 d
Schwarz-Kleinknecht, § 241 Anm. 2
Erbs, § 241 Anm. III
a.A. RG, Urt.v.28.1.1909, in RGSt 42, 157 (159)

statten, den Angeklagten nach Vorstrafen zu fragen (§ 240 Abs.2 StPO)[1]; er kann diese Frage allerdings gegebenenfalls gemäß § 241 Abs.2 StPO zurückweisen. Der Staatsanwalt hat ferner die Möglichkeit, Beweisanträge zur Vorstrafenermittlung zu stellen. Nach getilgten Vorstrafen darf der Staatsanwalt den Angeklagten nicht fragen; in der Hauptverhandlung kann er auch nicht eine Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG erlassen[2]. Er kann nur eine solche Anordnung des Gerichts anregen und einen diesbezüglichen Antrag stellen. Solange eine Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG vom Gericht nicht erlassen worden ist, darf der Staatsanwalt keinen Beweisantrag zur Feststellung getilgter Vorstrafen des Angeklagten - etwa den Antrag, Strafakten getilgter Vorstrafen beizuziehen - stellen; denn die Entscheidung über einen solchen Antrag, der die Feststellung getilgter Vorstrafen bezweckt, muß dem Gericht vorbehalten bleiben, weil dieses nur gesamt, nicht der Vorsitzende allein, über die Ausnahmeregelung des § 4 Abs.4 S.3 StTilgG befinden kann[3]; einem Beweisantrag könnte jedoch der Vorsitzende selbständig entsprechen[4]. Der Staatsanwalt hat jedoch die Möglichkeit, obigen Beweisantrag mit dem Antrag auf eine Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG zu verbinden, und das Gericht wird den isoliert gestellten Beweisantrag nur als unzulässig zurückweisen, wenn es eine solche Anordnung nicht erlassen will.

5. Der Privat- oder Nebenkläger

Wenn auch Privat- und Nebenkläger in § 240 Abs.2 StPO nicht genannt sind, so steht doch auch ihnen das Fragerecht zu[5]; sie haben die Rechte des Vertreters der Staatsanwaltschaft (§§ 385, 397 StPO). Die Gefahr, daß sie von ihren Rechten bei der Vor-

---

1) Zur Frage, wann dies am besten geschieht, siehe Burchardi-Klempahn: Der Staatsanwalt, Nr. 234

2) siehe oben S. 68 Fußnote 1

3) siehe oben S. 68 Fußnote 3

4) siehe oben S. 77 Fußnote 1

5) Eb. Schmidt: II, § 240 Erl. 6 Erbs, § 240 Anm. III
Schretzmeier, S. 33, 34 Bethge, S. 82

strafenerforschung einen unangemessenen Gebrauch machen, ist zwar nicht gering, da sie Partei sind und es für sie im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft keine Pflicht zur Objektivität gibt[1]; der Schutz des § 241 Abs.2 StPO erscheint jedoch ausreichend und die Einführung einer nur mittelbaren Befragung des Angeklagten über den Vorsitzenden nicht notwendig.

6. Der Sachverständige

Dem Sachverständigen ist nur ein beschränktes Fragerecht eingeräumt worden (§ 80 Abs.2 StPO): Zur Vorbereitung seines Gutachtens kann[2] ihm auch in der Hauptverhandlung[3] gestattet werden, unmittelbar Fragen nach Vorstrafen oder den ihnen zugrunde liegenden Vorgängen an den Angeklagten zu richten, wenn dies zur Erfassung des Persönlichkeitsbildes des Angeklagten erforderlich erscheint. Hierbei kann es für den Sachverständigen bedeutungsvoll sein, als erster von den übrigen Prozeßbeteiligten sein Fragerecht ausüben zu können, damit der Angeklagte unbeeinflußt und unvoreingenommen auf die Art seiner Frage, deren Nuancierung wesentlich sein kann, eingeht und reagiert.
Ein eigenes Antragsrecht zur Vorstrafenermittlung hat der Sachverständige nicht. Die Ermittlung getilgter Vorstrafen kann er nicht verlangen oder erreichen.

7. Der Zeuge

Der Zeuge hat kein Frage- oder Antragsrecht[4] bei der Feststel-

---

1) Bethge, S. 83

2) Soweit die Erstellung des Gutachtens ohne die Befragung nicht möglich und die Befragung zulässig ist, ist das Gericht infolge seiner Wahrheitsermittlungspflicht (§ 244 Abs.2 StPO) verpflichtet, dem Verlangen des Sachverständigen stattzugeben (Eb. Schmidt: II, § 80 Erl. 2).

3) RG, Urt.v.2.3.1918, in RGSt 52, 161
Eb. Schmidt: II, § 80 Erl. 1 — Sarstedt in LR, § 80 Anm.4
Schwarz-Kleinknecht, § 80 Anm. 2 — Erbs, § 80 Anm. II
Kleinknecht in KMR, § 80 Anm. 2 b)
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 80 Anm. 3

4) Eb. Schmidt: II, § 240 Erl. 4 — Schretzmeier, S. 32

lung der Vorstrafen des Angeklagten. Der Vorsitzende hat zwar das Recht, im Einzelfalle dem Zeugen zu gestatten, unmittelbar Fragen an den Angeklagten zu richten[1], wird aber bei Fragen nach Vorstrafen möglichst davon keinen Gebrauch machen.

8. Der Verteidiger

Bei der Vorstrafenermittlung steht dem Verteidiger, dessen prozessuale Stellung dem Beschuldigten gegenüber selbständig ist[2], ein eigenes unmittelbares Fragerecht gegenüber dem Angeklagten zu (§ 240 Abs.2 StPO)[3]. Ein solches Frage- und auch Antragsrecht kann ihm nicht deshalb versagt sein, weil dies mit dem Wesen der Stellung eines Verteidigers unvereinbar sei, dessen Aufgabe es nicht ist, Negatives hervorzuheben[4] und zur Überführung des Angeklagten beizutragen[5]; auch der Verteidiger ist nämlich in gewissem Maße zur Mitwirkung bei der Findung der Wahrheit verpflichtet[6], und Vorstrafen können auch entlastend wirken; eindeutig dann, wenn die Vorstrafe dieselbe Tat betrifft und sich als Prozeßhindernis darstellt, oder möglicherweise auch dann, wenn der durch die jetzige Straftat Geschädigte die Vorstrafe provoziert oder damals den Angeklagten verraten hat.

---

1) RG, Urt.v.15.3.1906, in SeuffBl 71 (1906), 417
Kleinknecht in KMR, § 240 Anm. 1
Geier in LR, § 240 Anm. 5 Schorn: Der Strafrichter, S. 200

2) Peters: Strafprozeß, § 29 II (S. 168)

3) Über die Reihenfolge, in der den Frageberechtigten das Recht zur Fragestellung einzuräumen ist, ist keine gesetzliche Regelung getroffen worden; die in § 240 StPO niedergelegte Folge ist für den Vorsitzenden nicht bindend (Kleinknecht in KMR, § 240 Anm. 1; Schorn: Der Strafrichter, S. 197); von Differenzen über die Reihenfolge der Ausübung dieses Rechts ist aber nichts bekannt (Bethge, S. 55). Gegenüber Staatsanwalt und Verteidiger empfiehlt es sich, aus Gründen der Gleichbehandlung das Fragerecht in turnusmäßigem Wechsel zu gewähren (Schorn: Der Strafrichter, S. 197) oder bei der Zeugenbefragung demjenigen den Vortritt zu lassen, der den Zeugen benannt hat (von Sauer in NJW 1947/48, 683; Preißler in NJW 1949, 417; vgl. auch Schretzmeier, S. 35).

4) Peters: Strafprozeß, § 29 I (S. 168)

5) Gerland: Strafprozeß, § 49 II 2 b) (S. 151)

6) Peters: Strafprozeß, § 29 I (S. 168)
vgl. auch BVerfG, Beschl.v.11.6.1963, in NJW 1963, 1771

9. Der Beistand

Der Ehegatte oder der gesetzliche Vertreter des Angeklagten, der als Beistand vom Gericht zugelassen ist (§ 149 StPO), hat nicht die förmlichen prozessualen Befugnisse des Angeklagten[1], also kein eigenes Frage- und Antragsrecht[2]; er hat nur ein Recht auf Gehör[3].
Im jugendgerichtlichen Verfahren dagegen hat der Beistand die Rechte eines Verteidigers (§ 69 Abs.3 S.2 JGG)[4]; auch der Erziehungsberechtigte oder der gesetzliche Vertreter können dort selbständig Fragen oder Beweisanträge stellen (§ 67 Abs.1 JGG)[5].

1o. Der Mitangeklagte

Ein Mitangeklagter hat als Angeklagter das Fragerecht, darf jedoch den Angeklagten nicht unmittelbar selbst befragen (§ 240 Abs.2 S.2 StPO), sondern kann nur eine Befragung durch den Vorsitzenden anregen[6]; dieser kann ihm jedoch gestatten, eine bestimmte Frage an den Angeklagten selbst zu richten[7].

11. Der Angeklagte

Dem Angeklagten ist auf Verlangen zu gestatten, Fragen an die Zeugen und Sachverständigen zu stellen (§ 240 Abs.2 S.1 StPO). Bei der Feststellung seiner eigenen Vorstrafen kann dies Frage-

---

1) RG, Urt.v.15.3.1901, in GA 48 (1901), 132 (133)
Dünnebier in LR, § 149 Anm. 4
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 149 Anm. 2

2) Eb. Schmidt: II, § 149 Erl. 6
Dünnebier in LR, § 149 Anm. 4
Müller in KMR, § 149 Anm. 3 b)
a.A. Sauer in ZStW 37 (1916), 197

3) Müller in KMR, § 149 Anm. 3 b)

4) Dallinger-Lackner, § 69 N.24 Schaffstein, § 31 I 3 (S. 147)

5) Dallinger-Lackner, § 67 N.7, 8
Eb. Schmidt: II, § 240 Erl. 6

6) Bethge (S. 86) befürwortet es, den Mitangeklagten ein gegenseitiges Fragerecht zuzugestehen.

7) Geier in LR, § 238 Anm. 8 c)

recht natürlich nur aktuell werden bei der Ermittlung durch die Vernehmung eines Zeugen.
Die übrigen Rechte des Angeklagten, dessen Interesse naturgemäß viel mehr auf eine Verhinderung oder Einschränkung der Feststellung und Erörterung seiner Vorstrafen fast immer geht, sollen im folgenden Abschnitt näher untersucht werden.

E. Abwehrrechte des Angeklagten gegen die Vorstrafenfeststellung und bei der Vorstrafenerörterung

1. Schweigerecht

Im Strafprozeß gilt der Grundsatz, daß der Beschuldigte in keinerlei Weise aktiv an seiner Überführung mitzuwirken braucht[1]. Es besteht für ihn keine Pflicht zur Aussage[2], weder bei der Vernehmung zur Sache[3] und bei der Beweisaufnahme, noch bei der Vernehmung zur Person[4] und bei Fragen nach persönlichen Ver-

---

1) Peters: Strafprozeß, § 28 IV 2 (S. 163)

2) Gerland: Strafprozeß, § 73 I 2 (S. 237)
Bennecke-Beling, § 91 (S. 374) Beling, § 62 II 3 (S. 309)
Rosenfeld, § 44 I (S. 121) Schwarz, § 136 Anm. 1 C
Eb. Schmidt: II, § 136 Erl. 9 Amelunxen in DRiZ 1962, 189
Kleinknecht in KMR, § 243 Anm. 3
Hartung: Das Strafregister, § 4 StTilgG,Anm. 9 b) dd)

3) Eb. Schmidt: II, § 243 Erl. 28, § 136 Erl. 9
Schwarz-Kleinknecht, § 243 Anm. 7, § 136 Anm. 4
Geier in LR, § 243 Anm. 5 a) Erbs, § 243 Anm. IV

4) Peters: Strafprozeß, § 28 IV 2 (S. 163)
von Kries, § 31 III (S. 224), § 50 II (S. 397)
Gerland: Strafprozeß, § 73 I 2 (S. 237)
Kern: Strafverfahrensrecht, § 25, 2 a (S. 94)
Eb. Schmidt: II, § 243 Erl. 17, § 136 Erl. 9
Geier in LR, § 243 Anm. 3 Schwarz, § 243 Anm. 2 A
Schorn: Der Strafrichter, S. 234
Schleutker, S. 77, mit ausführlicher Begründung und weiteren Hinweisen auf die Literatur
a.A. Kleinknecht (in KMR, § 243, Anm. 3 b, sowie in Schwarz-Kleinknecht, § 136 Anm. 3), Müller (in KMR, § 136 Anm. 2 a), Sarstedt (in LR, § 136 Anm. 9 a), die aus § 360 Abs.1 Nr.8 StGB eine Pflicht zu wahrheitsgemäßer Aussage herleiten; im Ergebnis ebenso Henkel, § 50 II 2 (S. 223); gegen diese Meinung besonders Schleutker, S. 77-80

hältnissen, die z.B. notwendig sind, um überhaupt ermitteln zu können, ob festgestellte Verurteilungen Vorstrafen des Angeklagten sind. Der Angeklagte kann sich in der Hauptverhandlung absolut passiv verhalten und kann sich völlig in Schweigen hüllen[1]. Ist eine Vorstrafe getilgt, so gibt schon § 4 Abs.4 S.1 StTilgG dem Verurteilten das Recht, jede Auskunft über die getilgte Vorstrafe zu verweigern. Dieses Aussageverweigerungsrecht kann vom Gericht durch den Erlaß einer Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG ausgeschaltet werden. Die von einem Gericht an einen Angeklagten gerichtete diesbezügliche Anordnung, auch über getilgte Strafen Auskunft zu geben, kann jedoch nur die Berufung auf die in § 4 Abs.4 S.1 StTilgG ausgesprochene Rechtsposition verhindern, nicht aber den Grundsatz der Nichtaussagepflicht des Angeklagten durchbrechen; eine solche Offenbarungspflicht könnte nämlich vom Gericht in keiner Form zwangsweise durchgesetzt werden und ist schon deswegen nicht denkbar. Auch auf einer Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S. 3 StTilgG hin ist also der Angeklagte nicht zur Aussage oder aktiven Mitwirkung bei der Vorstrafenermittlung verpflichtet[2].

2. Antrag auf Ablehnung eines Richters

Wenn es auch ein wenig übertrieben ist anzunehmen, daß in der Vorstellung eines Angeklagten eigentlich jeder Richter ihm gegenüber befangen sei[3], so wird doch ein Angeklagter, der vor einem Richter steht, welcher ihn schon einmal verurteilt hat, diesen sicher häufig für befangen halten, insbesondere, wenn

---

1) Das bedeutet keine "Ungebühr"; siehe KG, Beschl.v.1.7.1889, in GA 37 (1890), 239

2) Hartung: Das Strafregister, § 4 StTilgG Anm. 9 b) dd), sowie in JR 1952, 44
Schorn: Der Strafrichter, S. 235
a.A. Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 4 StTilgG Anm.V 3 b
Schwarz-Kleinknecht, § 4 StTilgG Anm. 6

3) so Seibert in JZ 1960, 85
Ackermann (in DRiZ 1958, 331) dagegen meint, der Angeklagte begegne dem Richter trotz der natürlichen Gegnerschaft so gut wie nie mit Ablehnung; man könne sogar von einer Art "Vertrauensverhältnis" zwischen Richter und Angeklagtem sprechen.

dieser ihn aus mehreren Strafverfahren kennt, die im jetzigen Prozeß unberücksichtigt zu bleiben haben und von denen ein anderer Richter jetzt gar keine Kenntnis erlangen würde.
Da eine objektive und gerechte Entscheidung nur erreicht werden kann, wenn der Richter unvoreingenommen an einen Fall herangeht und die Entscheidung fällt[1], kann der Angeklagte unter bestimmten Voraussetzungen einen Richter ablehnen (§ 24 Abs.1 StPO). Dabei ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß es nicht nur genüge, daß der Richter tatsächlich objektiv sei, sondern daß schon der Anschein einer Voreingenommenheit vermieden werden soll[2] und auch das Vertrauen zur Objektivität bei den Prozeßbeteiligten und der Allgemeinheit bestehen muß[3]. Die Ausschliessung von der Ausübung des Richteramtes im Einzelfalle beruht letztlich darin, daß der Richter in der Sache sachlich arrangiert war oder ist (§§ 22 Nr.4 u. 5, 23 StPO) oder daß er persönlich betroffen ist (§ 22 Nr.1 - 3 StPO), die Befangenheit weiterhin darin, daß ein Grund vorliegt, der bei verständiger Würdigung vom Standpunkt des Ablehnenden aus begründeten Anlaß gibt, an der gerechten und unparteilichen Einstellung des Richters zur Sache zu zweifeln[4].
Hat der Richter schon einmal den Angeklagten verurteilt, so ist er in der jetzt anhängigen Sache noch nicht tätig geworden, mag auch die Persönlichkeitserforschung in beiden Fällen teilweise übereinstimmen. Allein die Tatsache, daß der Richter die Vorstrafe gegen den Angeklagten verhängt hat, rechtfertigt die Besorgnis der Befangenheit (§ 24 Abs.2 StPO) noch nicht[5]. Anders

---

1) vgl. Peters: Strafprozeß, § 20 I (S. 118)

2) Kisch in JW 1931, 1104

3) Peters: Strafprozeß, § 20 I (S. 118)
Henkel, § 31 I (S. 151)
vgl. auch Wassermann in NJW 1963, 430

4) RG, Urt.v.4.1.1927, in GA 71 (1927), 132
BGH, Urt.v.11.6.1956, in JR 1957, 68
BGH, Urt.v.14.7.1961, in NJW 1961, 2069
Dünnebier in LR, § 24 Anm. 2 a)
Eb. Schmidt: II, § 24 Erl. 2 mit zahlreichen Hinweisen

5) vgl. KG, Beschl.v.11.6.1920, in OLGRspr. 41 (1921), 248
OLG Breslau, Beschl.v.31.8.1921, in OLGRspr. 41 (1921), 249

ist es aber schon, wenn die Vorstrafe nahezu den gleichen Sachverhalt erfaßt oder mit dem jetzigen Tatsachenkomplex stark zusammenhängt, wenn z.B. der Angeklagte verurteilt wurde, darauf den Hauptbelastungszeugen wegen Meineides grundlos anzeigte und nun vor dem gleichen Richter sich wegen falscher Anschuldigung verantworten soll[1]. Die überwiegende Meinung[2] erkennt allerdings auch in diesen Fällen ein Recht zur Ablehnung nicht an: Wenn der Richter nur wegen seines sachlichen Verhaltens in einem früheren Verfahren, das mit dem jetzigen unmittelbar in Zusammenhang steht, abgelehnt werde, seien dies keine "vernünftigen Gründe", die "jedem unbefangenen Dritten einleuchten"[3]. Das Gegenteil dürfte der Fall sein: Es würde doch wohl fast immer die menschlichen Fähigkeiten auch eines Richters übersteigen, wenn man von ihm, nachdem er in einem vielleicht komplizierten und langwierigen Vorprozeß zu einer bestimmten Würdigung des Sachverhalts gekommen war, erwarten wollte, daß er in dem neuen Verfahren zu einer völlig unvoreingenommenen, von seiner früheren Überzeugung unbeeinflußten, absolut neuen Beurteilung derselben Tatsachen kommen könnte[4] [5]. Die Mitwirkung

---

1) vgl. OLG Düsseldorf, Urt.v.31.7.1959, in JMBl NRW 1959, 247

2) RG v.18.11.1920 in LZ 1921, 66
RG v.1.11.1928 in JW 1929, 263
BGH, Urt.v.11.6.1956, in JR 1957, 68
OLG Breslau, Beschl.v.31.6.1942, in DR 1943, 95
OLG Düsseldorf, Urt.v.31.7.1959, in JMBl NRW 1959, 247
Dünnebier in LR, § 24 Anm. 2 b) aa)
Kleinknecht in KMR, § 24 Anm. 2 a)
Schwarz-Kleinknecht, § 24 Anm. 2 A
Schorn in GA 1963, 161f.

3) OLG Düsseldorf, Urt.v.31.7.1959, in JMBl NRW 1959, 247
Das ergebe sich schon daraus, daß die Sache vom Revisionsgericht gemäß § 354 Abs.2 S.1 StPO an das gleiche Gericht zurückgewiesen werden könne (Schorn in GA 1963, 162).

4) Teplitzky in NJW 1962, 2044

5) Aus dieser Einsicht heraus ist auch die schon so lange geforderte (vgl. von Hentig, S. 213, und Hirschberg, S. 114) und jetzt in Art.5 des StPÄG vorgesehene Änderung der StPO (neuer § 23 Abs.2) zu verstehen und zu begrüßen, daß im Wiederaufnahmeverfahren der Richter, der bei dem mit dem Wiederaufnahmeantrag angefochtenen Urteil mitgewirkt hat, ausgeschlossen

(Fortsetzung der Fußnote auf S. 87)

in einem früheren Strafverfahren über denselben Tatsachenkomplex kann deshalb die Besorgnis der Befangenheit begründen und einen Ablehnungsantrag rechtfertigen[1]; die in einem Vorprozeß getroffene, dem Angeklagten ungünstige Entscheidung einer gleichen Rechtsfrage genügt dagegen nicht[2].

---

ist (vgl. die Amtl. Begründung des Entwurfs eines StPÄG, Bundestagsdrucksache IV/178, S. 33f.).
Weiter ist zu erwägen, ob nicht auch § 23 Abs.1 StPO derart zu ändern ist, daß der Richter, der bei einer angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, nicht nur in der höheren Instanz ausgeschlossen ist, sondern auch dann, wenn die Sache zurückverwiesen wird, oder daß wenigstens die Zurückverweisung nach § 354 Abs.2 S.1 StPO an die Kammer des Gerichts, deren Urteil aufgehoben wird, die Ausnahme - aus praktischen Überlegungen, wenn z.B. nur ein Teil des Urteils aufgehoben wird - und nicht die Regel sein soll; § 358 Abs.1 StPO bietet allerdings im letzteren Falle die Garantie, daß unter neuen Gesichtspunkten entschieden wird.

1) So hat das LG Aachen (Beschl.v.11.5.1962, - 6 AR 6/62 -, unveröffentlicht) sogar die Tatsache, daß der Richter in einem Strafverfahren gegen den Ehemann der Beklagten wegen Meineids den Vorsitz geführt hat, als Ablehnungsgrund im Sinne des § 42 Abs.2 ZPO, der mit § 24 Abs.2 StPO wörtlich übereinstimmt, ausreichen lassen, da diese Tatsache zumindest vom Standpunkt der betroffenen Parteien aus die Befürchtung entstehen lasse, "daß im Richter noch unbewußte Vorurteile gegen die Ehefrau des damaligen Angeklagten nachwirken könnten, durch die die erforderliche völlige Unparteilichkeit des Richters beeinträchtigt werden könnte".
Ähnlich: OLG Jena, Beschl.v.9.2.1931, in JW 1931, 2043
BayObLG, Beschl.v.12.1.1950, in NJW 1950, 909
OLG Celle, Beschl.v.27.1.1955, in MDR 1955, 425
Vgl. auch Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 24 StPO Anm.3 und RG (Urt.v.10.11.1925 in RGSt 59, 409, 410), das in einem Verfahren über denselben Sachverhalt unter besonderen Umständen die Ablehnung zulassen will, auch wenn das Verhalten des Richters in dem früheren Verfahren eine Voreingenommenheit nicht hat erkennen lassen.

2) RG, Urt.v.5.4.1927, in DRiZ 1927, Nr. 423
Eb. Schmidt: II, § 24 Erl. 4
Dünnebier in LR, § 24 Anm. 2 b) aa)
Vgl. auch den Beschluß des BVerfG vom 2.1.1951 in BVerfGE 1, 66ff.: keine Ablehnung Dr. Geigers trotz früherer gutachtlicher Äußerung und trotz Wiedergabe der Rechtsauffassung der einen Partei in einer gemeinsamen Besprechung mit einem Vertreter der anderen Partei. Dieser Beschluß ist allerdings mit Sinn und Zweck der §§ 22 Nr.5, 24 Abs.2 StPO nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen.

In der Rechtsprechung noch nicht entschieden scheint der Fall, daß der vorbestrafte Angeklagte vor einem Richter steht, der im Vorprozeß kraft Gesetzes als Verletzter ausgeschlossen war (§ 22 Nr.1 StPO). Wenn sich die jetzt dem Angeklagten vorgeworfene Tat nicht gegen den Richter oder eine ihm nahestehende Person richtet, greift § 22 Nr.1 - 3 StPO selbstverständlich nicht ein. Trotzdem kann der Richter sehr betroffen sein und der Angeklagte berechtigtes Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters haben, wenn die Vortat nicht unerheblich in ihrer verletzenden Wirkung für den Richter war und sie zeitlich nicht zu weit zurückliegt; der Angeklagte kann in einem solchen Falle den Richter wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 24 Abs.2 StPO) ablehnen. Gerade bei der Vorstrafenermittlung können Tatsachen bekannt werden oder Vorgänge sich abspielen, die geeignet sind, Mißtrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu erwecken[1]. Bringt ein Richter Vorstrafen, deren Feststellung für dieses Verfahren unerheblich ist, in unzulässiger Weise zur Sprache, womöglich in der Absicht, den Angeklagten einzuschüchtern, so kann dies die Ablehnung aus § 24 Abs.2 StPO rechtfertigen. Überhaupt können aus der Art und Weise, wie der Richter die Vorstrafen feststellt oder erörtert, starke Anhaltspunkte für eine Befangenheit des Richters sich ergeben, wenn er etwa die Vorstrafen so herausstellt, daß die übrigen Prozeßbeteiligten und Zuhörer daraufhin den Eindruck haben müssen, daß von diesem Angeklagten gar nichts Gutes in irgendeiner Weise erwartet werden könne. Auch die Art der Vorhaltungen von Vorstrafen, wenn etwa der Vorsitzende die Einlassung des Angeklagten barsch abbricht und sich unwirsch dahin äußert, daß kein Mensch bei diesen Vorstrafen dem Angeklagten so etwas abnehmen könne, kann den Richter sehr befangen erscheinen lassen.

---

1) Auch aus diesem Grunde ist deshalb zu fordern, daß die Ablehnungsfrist des § 25 StPO über den Beginn der Beweisaufnahme hinaus verlängert wird. Siehe des näheren Schorn (in GA 1963, 168), der die vorzeitige Beschneidung der Ablehnungsbefugnis als rechtsstaatlichen Forderungen nicht entsprechend ansieht (vgl. auch Schorn: Der Strafrichter, S. 190).

Besonders empfindlich - zu Recht - wird ein Angeklagter reagieren, wenn ein Richter ihm aus heiterem Himmel getilgte oder tilgungsreife Vorstrafen vorhält; der Angeklagte muß den Eindruck haben, dem Richter sei jedes Mittel recht, wenn er ihn nur überführen könne.
Genausowenig wie im Gesetz läßt sich aber hier eine exakte, umfassende Darstellung der Tatsachen und Vorgänge bei der Vorstrafenerörterung geben, die die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen[1], weil es letztlich doch immer auf den Einzelfall ankommt. Es muß jedoch mit Nachdruck darauf hingewiesen werden, daß jede Vorstrafenerörterung oder -feststellung auch unter dem Gesichtspunkt eines eventuellen Antrags auf Ablehnung eines Richters gesehen werden muß, daß obigen Erwägungen eine stärkere Bedeutung zukommt als gemeinhin angenommen wird und daß bei der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch nicht zu engherzig verfahren werden sollte, da ein erfolgreicher Ablehnungsantrag im allgemeinen nicht einen Prestigeverlust des abgelehnten Richters oder der Justiz darstellt, sondern einen Beitrag zur Stärkung des Vertrauens der Allgemeinheit zur Objektivität der Rechtsprechung[2].

3. Beanstandung einer Anordung des Vorsitzenden (§ 238 Abs.2 StPO)

Hält der Angeklagte bei der Vorstrafenfeststellung oder -erörterung eine Anordnung des Vorsitzenden für unzulässig, so kann er sie beanstanden und so eine Entscheidung des Gerichts herbeiführen, vorausgesetzt die Anordnung bezieht sich auf die Sachleitung (§ 238 Abs.2 StPO). Über den Begriff der Sachleitung und seine Abgrenzung zu dem der Verhandlungsleitung (§ 238 Abs.1 StPO) herrscht Streit. Die Vertreter der überwiegenden Meinung folgern aus der verschiedenen Ausdrucksweise in § 238 StPO, daß

---

1) vgl. Henkel, § 31 III 1 (S. 152)
Eb. Schmidt: II, § 24 Erl. 3

2) vgl. Heilberg in JW 1931, 1105 Schorn in GA 1963, 161
Teplitzky in NJW 1962, 2044
a.A. Wassermann in NJW 1963, 429

nicht alle Anordnungen des Vorsitzenden der Kontrolle des Gerichts unterliegen sollen, sondern nur diejenigen, die sich auf die materielle Verhandlungsleitung (= Sachleitung) beziehen bzw. die auf die sachliche Förderung der Hauptverhandlung gerichtet sind[1]. Ordnet der Vorsitzende die Feststellung der Vorstrafen an und bestimmt er, daß zu diesem Zwecke der Strafregisterauszug oder der Auszug aus der Verkehrssünderkartei verlesen oder ein Zeuge darüber vernommen werden soll, so sind dies alles Anordnungen, die der sachlichen Förderung der Hauptverhandlung dienen und sich folglich auf die Sachleitung beziehen. Hält der Angeklagte eine solche Anordnung für unzulässig, etwa auch, wenn der Vorsitzende, ohne daß das Gericht dies gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG angeordnet hat, über getilgte Vorstrafen Beweis erheben will oder wenn der Vorsitzende dem Sachverständigen ein unbegrenztes Fragerecht einräumt ohne Beachtung des § 80 Abs.2 StPO, so kann der Angeklagte diese Anordnungen gemäß § 238 Abs.2 StPO beanstanden und damit eine Entscheidung des Gerichts über die Zulässigkeit erreichen[2].

---

1) RG, Urt.v.28.1.1909, in RGSt 42, 157 (158)
RG, Urt.v.23.3.1934, in RGSt 68, 110 (112)
BGH, Urt.v.13.12.1956, in NJW 1957, 271
Gerland: Strafprozeß, § 98 I 1 a) (S. 351)
von Hippel, § 56 III (S. 346) Henkel, § 94 II 1, 2 (S. 382)
Geier in LR, § 238 Anm. 8 a) Erbs, § 238 Anm. III
Schwarz-Kleinknecht, § 238 Anm. 3
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 238 Anm. 4
a.A. Goldschmidt in JW 1929, 2686 Feisenberger, § 238 Anm. 4
Alsberg in ZStW 50 (1930),74 H. Fuhrmann in GA 1963, 70,
die jeweils eine Unterscheidung von Verhandlungs- und Sachleitung ablehnen;
ebenso Eb. Schmidt (II, § 238 Erl. 3-10; I, S. 112, 113, Fußnote 250), der bei der Frage der Überprüfbarkeit auf den Gesichtspunkt der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit abstellt;
ähnlich Beling, § 75 V (S. 375, Fußnote 4)
Kleinknecht in KMR, § 238 Anm. 3
OLG Hamm, Urt.v.27.1.1955, in JMBl NRW 1955, 179

2) Er muß nach überkommener Meinung unzulässige Anordnungen beanstanden, wenn er darauf seine Revision stützen will, weil Rechtsverstöße des Vorsitzenden mit der Revision nur anfechtbar sind, soweit eine Entscheidung des Gerichts dazu vorliegt (§ 338 Nr.8 StPO), und weil der Angeklagte durch die Nicht-

(Fortsetzung der Fußnote auf S. 91)

4. Beanstandung einer Frage als unzulässig (§ 242 StPO)

Bestehen bei der Vorstrafenerörterung Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage, so kann der Angeklagte die Frage als unzulässig beanstanden. Es entscheidet dann in allen Fällen das Gericht (§ 242 StPO). Aus der weiten Fassung "in allen Fällen"[1] ergibt sich eindeutig, daß diese Vorschrift sich auf alle Fragen aller Prozeßbeteiligten an den Angeklagten, Zeugen oder Sachverständigen bezieht[2]. Es fallen also auch darunter die Fragen des Vorsitzenden[3].

Unzulässig sind Fragen dann, wenn sie auf eine unzulässige Feststellung oder Erörterung abzielen. Insbesondere sind unzulässig Fragen nach getilgten Vorstrafen[4].

---

beanstandung zu erkennen gegeben haben soll, daß er durch die Anordnung sich nicht beschwert gefühlt hat. Vgl.
RG v. 28.11.1929 in JW 1930, 760
RG v. 3.2.1931 in JW 1931, 950
RG, Urt.v.17.11.1936, in RGSt 71, 21 (23)
BGH, Urt.v.25.9.1951, in BGHSt 1, 322 (325)
OLG Hamm, Urt.v.27.1.1955, in JMBl NRW 1955, 179
ausführlich H. Fuhrmann in JR 1962, 321ff.; NJW 1963, 1230ff.
Erbs, § 238 Anm. IX
einschränkend: BGH, Urt.v.9.1.1953, in BGHSt 3, 368 (370).
Gegen diese Auffassung meldet Niese (in JZ 1953, 221) erhebliche Bedenken an; ihn bestärkt mit überzeugenden Gründen Eb. Schmidt (II, § 238 Erl. 29-31); siehe ferner Niethammer in SJZ 1950, 61; Geier in LR § 238 Anm. 12 b); Kleinknecht in KMR, § 238 Anm. 5 c) u. d).

1) § 242 StPO

2) Kleinknecht in KMR, § 242 Anm. 3
Schwarz-Kleinknecht, § 242 Anm. 1

3) Goldschmidt in JW 1929, 2687 Geier in LR, § 242 Anm. 1
Seibert in JR 1952, 470 a.A. Schretzmeier, S. 41f.
Insofern ist § 242 StPO die Sondernorm gegenüber § 238 Abs.2 StPO und schließt diese Vorschrift aus (Erbs, § 238 Anm. V A; Fuhrmann in Dalcke, § 238 Anm. 5). Teilweise wird die Beanstandungsmöglichkeit der Fragen des Vorsitzenden sowohl auf § 238 Abs.2 StPO - auch die Stellung einer Frage ist eine Anordnung des Vorsitzenden (Goldschmidt in JW 1929, 2686; Erbs, § 238 Anm. V A; a.A. Schretzmeier, S. 41) - als auch auf § 242 StPO gestützt (z.B. Kleinknecht in KMR, § 241 Anm. 1 d; wohl auch Eb. Schmidt: II, § 242 Erl. 2). Ein Streit hierüber ist aber belanglos, da im Ergebnis doch immer das Gericht entscheiden muß.

4) Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 238 Anm. 5
Eb. Schmidt: II, § 238 Erl. 15 Hartung in JR 1952, 42
Wachinger in DJ 1940, 867; vgl. auch Seibert in JR 1952, 471

In all diesen Fällen kann der Angeklagte eine Entscheidung des Gerichts herbeiführen[1].

5. Antrag auf Ablehnung eines Beweisantrages

Wird in der Hauptverhandlung vom Staatsanwalt der Antrag gestellt, Beweis über die Vorstrafen des Angeklagten zu erheben, so kann letzterer ein berechtigtes Interesse an der Verhinderung dieser Beweisaufnahme haben. Er hat die Möglichkeit, dem Beweisantrag des Staatsanwalts zu widersprechen. Widerspricht er, will aber der Vorsitzende doch dem Beweisantrag stattgeben, so braucht dieser nach wohl herrschender Meinung[2] seine Entscheidung nicht zu begründen, obwohl durch sie der Angeklagte abschlägig beschieden wird und Entscheidungen, durch welche ein Antrag abgelehnt wird, zu begründen sind (§ 34 StPO); man sieht eben den Widerspruch als prozessuale Einwendung gegen einen Antrag, nicht aber selbst als Antrag an[3]. Diese Begründung erscheint formalistisch und deshalb nicht ganz überzeugend. Jeder echte und eindringliche Widerspruch gegen einen Antrag bedeutet nicht nur eine Meinungsäußerung des Widersprechenden, sondern ein ernsthaft an das Gericht gerichtetes, oft ausführlich begründetes Begehren, dem Beweisantrag nicht stattzugeben, ein Begehren, das auch seinerseits nur als Antrag aufgefaßt werden kann[4], und zwar als Antrag auf Ablehnung des vom Staatsanwalt vorgebrachten Beweisantrages. Soll nämlich dem Beweisantrag stattgegeben und damit notwendig der "Widerspruchs-Antrag" abgelehnt werden, so ist eine Begründung deswegen erforderlich, weil auch hier dies vom Gesetzessinn des § 34 StPO, daß nämlich der erfolglose Antragsteller aus den Gründen der Ablehnung den

---

1) Hinsichtlich der Erforderlichkeit für eine Berücksichtigung in der Revisionsinstanz gilt das gleiche wie oben S. 90, Fußnote 2.

2) RG, Urt.v.13.5.1881, in RGRspr. 3, 295 (296)
RG, Urt.v.28.11.1911, in GA 59 (1912), 454
BGH, Urt.v.13.12.1960, in BGHSt 15, 253
Feisenberger, § 34 Anm. 4 Alsberg-Nüse, S. 404
Schwarz-Kleinknecht, § 34 Anm. 2

3) RG, Urt.v.13.5.1881, in RGRspr. 3, 295 (296)

4) Eb. Schmidt: II, § 34 Erl. 5a

Standpunkt des Gerichtes erkennen kann und damit in der Lage ist, sein weiteres Verhalten danach einzurichten[1], gefordert wird, da aus der Anordnung der Beweisaufnahme die Begründung für die sie inzident enthaltende Ablehnung des "Widerspruchs-Antrages" nicht ohne weiteres ersichtlich ist[2]. Will der Angeklagte also eine vom Staatsanwalt beantragte Beweisaufnahme über seine Vorstrafen abwenden, so kann er dem Beweisantrag des Staatsanwalts widersprechen und damit eine zu begründende Entscheidung des Gerichts herbeiführen[3].

6. Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit

Das verständliche Interesse eines Angeklagten an der Nichtpublizierung seiner Vorstrafen führt zu der Frage, ob der Angeklagte für die Vorstrafenerörterung erfolgreich den Ausschluß der Öffentlichkeit beantragen kann.

In der Hauptverhandlung gilt grundsätzlich das Prinzip der Öffentlichkeit (§ 169 GVG[4])[5]. Dies beruht auf einer alten demo-

---

1) RG, Urt.v.19.11.1940, in RGSt 75, 11 (13)

2) vgl. RG, Urt.v.3.4.1922, in RGSt 57, 44 (45)
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 34 StPO Anm. 2

3) RG, Urt.v.15.4.1882, in RGRspr. 4, 324 (325)
Eb. Schmidt: II, § 34 Erl. 5a Erbs, § 34 Anm. III
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 34 Anm. 2
differenzierend Dünnebier (in LR, § 34 Anm. 2), der darauf abstellt, ob der Widerspruch nur eine unmotivierte Gegenvorstellung ist - dann unbeachtlich - oder ob der Widersprechende sich auf eine Gegennorm beruft.
Folgt man der herrschenden Meinung (s.o. S. 92, Fußn. 2) und läßt den Widerspruch unberücksichtigt, so kann der Angeklagte dann, wenn der Vorsitzende dem Beweisantrag stattgibt, diese Anordnung des Vorsitzenden gemäß § 238 Abs.2 StPO beanstanden (Kleinknecht in KMR, § 244 Anm. 8 a) und dazu eine Entscheidung des Gerichts erwirken (s.o. S. 90).

4) vgl. auch Art.6 Abs.1 S.1 MRK

5) Öffentlichkeit wird hier verstanden als die Möglichkeit eines räumlichen Dabeiseins von jedermann ("unmittelbare" Öffentlichkeit) und die Möglichkeit des späteren Berichtens der Dabeiseienden an die Allgemeinheit oder dritte Personen ("mittelbare" Öffentlichkeit), nicht jedoch die Möglichkeit unmittelbarer Übertragung der Verhandlung durch Rundfunk oder Fernsehen (vgl. Eb. Schmidt: III, Vorbem. 2-10 zu §§ 169-175; sowie in Festschrift für W. Schmidt, S. 338ff.; Bussmann, aaO., S. 53f.; Bockelmann in NJW 1960, 218f.; vgl. auch Sarstedt in JR 1956, 121f.).

kratischen Forderung[1]. Die Rechtsprechung ist Angelegenheit des Volkes. Die Allgemeinheit soll jederzeit die Möglichkeit einer Kontrolle und Überwachung der Rechtspflege haben, damit diese nicht wie zur Zeit der Inquisitionsprozesse zu einer Geheimniskrämerei entartet[2]. Durch die Öffentlichkeit der Verhandlung soll das Vertrauen der Allgemeinheit und des Einzelnen zur Rechtsprechung der Gerichte gewährleistet werden[3].

a) Ausschließungsgründe des GVG

Nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen kann die Öffentlichkeit gänzlich oder teilweise ausgeschlossen werden (§§ 170 - 172 GVG). Teils wird das Interesse des Einzelnen an möglichster Geheimhaltung seiner persönlichsten Sphäre (§§ 170 - 171a GVG) und seiner schutzwürdigen geschäftlichen Sphäre (§ 172 a.E. GVG) vom Gesetzgeber als überragend anerkannt, teils ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit an der Vermeidung einer öffentlichen Verhandlung infolge Gefährdung der öffentlichen Ordnung, der Staatssicherheit oder Sittlichkeit (§ 172 GVG).
Es sind Fälle der Vorstrafenerörterung denkbar, in denen letztere Ausschließungsgründe eingreifen können. Eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung z.B. wird dann bejaht, wenn das Gericht seiner Pflicht, die Wahrheit zu erforschen, deswegen nicht nachkommen kann, weil der Angeklagte aus Angst vor von dritter Seite angedrohten Repressalien, Verfolgungen oder erheblichen Nachteilen nicht zur Aussage bereit ist[4], weil etwa durch die Bekannt-

---

1) BGH, Urt.v.21.12.1951, in BGHSt 2, 56 (57)
Kern: Strafverfahrensrecht, § 2 II 2 c) (S. 4)
vgl. Bovensiepen in DStrZ 1916, 40

2) vgl. Peters: Strafprozeß, § 60, 2 c) (S. 444)
siehe auch BGH, Urt.v.24.2.1955, in BGHSt 7, 218 (221)
sowie Bockelmann in NJW 1960, 217f.

3) RG, Urt.v.14.2.1936, in RGSt 70, 109 (112)
Eb. Schmidt: I, Nr. 333
Schäfer in LR, Einl. Kap. 11, B 8 (S. 138)
Schorn: Der Schutz der Menschenwürde, S. 54

4) vgl. BGH, Urt.v.16.12.1952, in BGHSt 3, 344 (345)
BGH, Urt.v.23.5.1956, in BGHSt 9, 280 (284)
Kern in JZ 1957, 186 Paunović, S. 107

gabe und Erörterung der Vorstrafen des Angeklagten auch Vorstrafen dritter Personen oder diesen unangenehme Begebenheiten zur Sprache kommen können. Die bloße Erwartung jedoch, daß ein Angeklagter in nichtöffentlicher Sitzung geneigter sein werde, seine Vorstrafen anzugeben, reicht nicht aus, den Ausschluß der Öffentlichkeit zu rechtfertigen[1]. Ein Ausschluß der Öffentlichkeit für die Vorstrafenerörterung kann also infolge des Interesses der Allgemeinheit nur in Ausnahmefällen erfolgen; ein Ausschluß aus persönlichem Interesse ist dagegen nach überwiegender Meinung nicht möglich, da die in den §§ 170 - 172 GVG enumerativ aufgezählten Fälle als streng ausschließlich und als nicht entsprechend anwendbar oder ausdehnend auslegbar gelten[2]. Um der berechtigten Forderung, das Gericht müsse die Möglichkeit haben, bei der Erörterung persönlicher Umstände die Öffentlichkeit auszuschließen[3], nachkommen zu können, wird demgegenüber teilweise für eine entsprechende Anwendung des § 170 GVG plädiert[4] oder auch versucht, aus § 172 GVG in Verbindung mit Art.1, Art.2 Abs.1 GG den Ausschließungsgrund herzuleiten[5]. Wenn auch § 170 GVG offensichtlich den Schutz der Wahrung der Intimsphäre bezweckt und auf dieser Erwägung beruht, ist diese Vorschrift doch als Ausnahmebestimmung zu eindeutig auf Verhandlungen in Ehesachen beschränkt, als daß im allgemeinen Strafverfahren allein auf die analoge Anwendung dieser Vorschrift der Ausschluß der Öffentlichkeit gestützt werden könnte. Überzeugender ist schon der Schluß a minore ad maius aus

---

1) BGH, Urt.v.23.5.1956, in BGHSt 9, 280

2) Dallinger-Lackner, § 100 N. 8 Schacht, S. 49
wohl auch Schorn: Der Strafrichter, S. 253
hinsichtlich § 172 GVG: A. Mayer in NJW 1954, 501

3) Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 29 (These 13)
Grau, aaO., S. 136
vgl. auch im Hinblick auf § 4 Abs.4 S.3 StTilgG: Lenz, S. 57
sowie Meyer-Velde, S. 108, 111

4) Peters: Gutachten zum 41. DJT., S. 52

5) Peters: Gutachten zum 41. DJT., S. 52
vgl. auch Kohlhaas (in NJW 1953, 852), der § 172 GVG weit auslegen will; dagegen A. Mayer in NJW 1954, 501

§ 172 a.E. GVG[1]: wenn schon der Schutz materieller Güter, nämlich die Gefährdung eines wichtigen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses, den Ausschluß der Öffentlichkeit rechtfertigt, wieviel eher muß dann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden können, wenn es um den Schutz der Privatsphäre geht, um die Gefährdung der in Art.2 Abs.1 GG garantierten freien Entfaltung der Persönlichkeit, letztlich auch um die Unantastbarkeit der Würde des Menschen (Art.1 Abs.1 GG), mit der es als nicht vereinbar erscheint, daß ein Beschuldigter über persönlichste Dinge, zu denen auch etwaige Vorstrafen gehören können, insbesondere wenn sie der beschränkten Auskunft unterliegen oder gar getilgt sind, ohne zwingenden Grund vor aller Öffentlichkeit ausgefragt wird.

b) Art.6 Abs.1 S.2 MRK

Ein Ausschluß der Öffentlichkeit für die Vorstrafenerörterung könnte jedoch schon aufgrund des Art.6 Abs.1 S.2 MRK in Betracht kommen. Art.6 Abs.1 S.2 MRK lautet nämlich:

> "Das Urteil muß öffentlich verkündet werden, jedoch kann die Presse und die Öffentlichkeit während der gesamten Verhandlung oder eines Teiles derselben im Interesse der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einem demokratischen Staat ausgeschlossen werden oder wenn die Interessen von Jugendlichen oder der S c h u t z d e s P r i v a t l e b e n s der Prozeßparteien es verlangen oder, und zwar unter besonderen Umständen, wenn die öffentliche Verhandlung die Interessen der G e r e c h t i g k e i t beeinträchtigen würde, in diesem Falle jedoch nur in dem nach Auffassung des Gerichts erforderlichen Umfang."

Der Rechtscharakter der Bestimmungen der MRK und ihre innerstaatliche Rechtswirkung in der Bundesrepublik Deutschland sind umstritten. Nach durchaus herrschender Meinung[2] ist die MRK Völkervertragsrecht. Als solches soll sie in ihrem Abschnitt I (Art.2 - 18) schon gemäß Art.25 GG in das Recht der Bundesrepu-

---

1) Peters: Gutachten zum 41. DJT., S. 52

2) Klein in Festschrift für Laun (1962), S. 173
Guradze: Menschenrechte, S. 171 Cl. Weiß, S. 30
Ernst Kern in DVBl 1953, 44 Henrichs in MDR 1955, 140
Herzog in AÖR 86 (1961), 196 Woesner in NJW 1961, 1383

blik inkorporiert sein[1]. Auf jeden Fall sind diese Bestimmungen durch die in Form des Bundesgesetzes vom 7. August 1952[2] erfolgte Zustimmung der deutschen gesetzgebenden Körperschaften Bestandteil des deutschen Rechts geworden[3]. Dieses Zustimmungsgesetz vom 7. August 1952 ist nicht lediglich ein formelles Gesetz[4], sondern Gesetz im materiellen Sinn[5], das unmittelbar

---

1) so die Auffassung des Deutschen Bundestages (s. den schriftlichen Bericht des Abg. Dr. Brill, Anlage 1 zum Sten. Ber. der 217. Sitzung vom 10.6.1952, S. 9537 C); dazu ausführlich Klein (in Festschrift für Laun (1962), S. 149ff.), der zu dem Ergebnis kommt, daß Art.25 GG nur auf die normativen (!) Bestimmungen der MRK in ihrem Abschnitt I Anwendung findet, d.h. "auf alle Grundrechtsbestimmungen im Sinne von objektiven, abstrakten und generellen Rechtsnormen (Grundrechtsnormen) der MRK ..., soweit es sich dabei nicht um detaillierte Einzelbestimmungen über die Voraussetzungen und den Umfang der Einschränkbarkeit dieser Rechte handelt" (aaO., S. 176); vgl. auch Echterhölter in JZ 1955, 690f..
Art.25 GG ist demnach auf Art.6 Abs.1 S.2 MRK nicht anwendbar.

2) BGBl II S. 685, 953

3) von Weber in ZStW 65 (1953), 335, sowie in MDR 1955, 386
Stree: In dubio pro reo, S. 7, Fußnote 24
Friesenhahn: Der internationale Schutz, S. 35
F. Müller in ZMR 1954, 231 Cl. Weiß, S. 32
Echterhölter in JZ 1955, 692 Golsong, S. 9, 12
Süsterhenn in DVBl 1955, 754 Woesner in NJW 1961, 1383
Schorn: Der Strafrichter, S. 74
vgl. auch Scupin in Festschrift für Laun (1953), S. 186.
Von der Rechtsprechung ist dies teils implicite anerkannt,
z.B. BVerfG, Beschl.v.21.3.1957, in BVerfGE 6, 290 (296)
BVerfG, Urt.v.10.5.1957, in BVerfGE 6, 389 (440)
BGH, Urt.v.1.3.1956, in NJW 1956, 1286 (1288)
BGH, Urt.v.27.6.1957, in NJW 1957, 1480,
teils ausdrücklich erwähnt worden, z.B.
BVerwG, Urt.v.25.10.1956, in DVBl 1957, 57
BVerwG, Urt.v.23.9.1957, in NJW 1958, 34
OVG Münster, Urt.v.25.11.1955, in NJW 1956, 1374
BGH, Urt.v.20.5.1958, in NJW 1958, 1344
OLG Bremen, Beschl.v.17.2.1960, in NJW 1960, 1265 (1266).

4) Henrichs (in MDR 1955, 142) sieht darin ein "formelles Gesetz" im Sinne der hergebrachten Terminologie; dagegen OVG Münster, Urt.v.25.11.1955. in NJW 1956, 1374 (1375); desgleichen Woesner in NJW 1961, 1383 und die dort in Fußnote 5 Zitierten.

5) OVG Münster, Urt.v.25.11.1955, in DÖV 1956, 438 mit weiteren Hinweisen

dem Einzelnen Rechte und Pflichten einräumt, das den Einzelnen bindet, nicht nur die Bundesrepublik Deutschland lediglich als Vertragspartner verpflichten soll, zur Garantierung der in der MRK zugesicherten Grundrechte über die Ratifikation der Konvention hinaus noch weitere nationale Rechtsquellen zu schaffen[1]; Art.1 MRK enthält die Feststellung, daß mit der Ratifizierung des Vertrages die Rechte des Abschnittes I unmittelbar allen vom Gesetz erfaßten Personen gewährleistet werden[2]. Der Einwand von Henrichs[3], die MRK sei in ihrer sprachlichen Formulierung viel zu unbestimmt, als daß sie "self-executing" - unmittelbar geltendes Recht - sein könne, überzeugt nicht[4], wie die genauen Spezifikationen z.B. der Art.2, 4, 5 und auch des Art.6 beweisen. Die MRK ist deshalb zumindest ein einfaches Bundesgesetz[5], das entgegenstehendes Recht, soweit es sich um Bundesgesetze handelt, nach dem Grundsatz "lex posterior derogat legi priori", soweit es sich um Ländergesetze handelt, nach Art.31 GG außer

---

1) so aber Henrichs (in MDR 1955, 141f.), der sich u.a. auf Schätzel (in Festschrift für Giese, S. 229) bezieht; Schätzel (aaO.) wandte sich aber lediglich dagegen, daß die Konvention mit Verfassungscharakter ausgestattet werde; er hielt die Bundesrepublik nur für verpflichtet, Rechtssätze gleichen Inhalts (nicht gleichen Rangs wie etwa der Grundrechtskatalog) in Deutschland in Kraft zu setzen, was durch das Zustimmungsgesetz dann geschehen ist; im Sinne Henrichs' anscheinend auch von Weber in MDR 1955, 389f.; dagegen Wendt in MDR 1955, 658, sowie Geck in DVBl 1956, 525.

2) Woesner in NJW 1961, 1383
Golsong (S. 8) und Woesner (aaO.) weisen mit Recht darauf hin, daß anderenfalls auch Art.13 MRK unverständlich bleibe, welcher nämlich vorsieht, daß bei Verletzung der in der Konvention festgelegten Rechte der Betroffene Beschwerde bei einer nationalen Instanz einlegen kann.

3) in NJW 1959, 1529

4) vgl. Woesner in NJW 1961, 1383

5) Maunz-Dürig, Art.1 Anm. 59, mit weiteren Zitaten in Fußnote 1
von Stackelberg in NJW 1960, 1265
Guradze in DÖV 1961, 287, mit weiteren Hinweisen, besonders in Fußnote 13

Kraft gesetzt hat[1]. Soweit das bisherige in der Bundesrepublik geltende Recht einen umfassenderen Schutz gewährt, verbleibt es bei diesem Rechtsschutz[2]; soweit aber die MRK über die bisherige innerstaatliche gesetzliche Regelung hinausgeht, gewinnt die Konvention ihre eigentliche und praktische Bedeutung[3]. Art.6 Abs.1 S.2 MRK enthält als Gründe zur Ausschließung der Öffentlichkeit die Gefährdung der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit und befindet sich insofern in Übereinstimmung mit § 172 GVG. Der fakultative Ausschluß der Öffentlichkeit im Interesse eines Jugendlichen (Art.6 Abs.1 S.2, 4.Alt. MRK) ist in § 48 JGG generell vorgesehen. Die MRK gibt aber ferner die Möglichkeit, die Öffentlichkeit zum Schutze des Privatlebens der Parteien auszuschließen; einen derartigen Ausschließungsgrund kannte unser Recht in dieser Form nicht. Wenn gesagt wurde, im allgemeinen entspreche die Öffentlichkeit dem Interesse des Angeklagten[4], so war das zweifelhaft; denn in den meisten Fällen wird wahrscheinlich ein Angeklagter bei freier Wahl eine nichtöffentliche Verhandlung vorziehen, damit sein eventuelles Versagen und seine persönlichen Verhältnisse nicht vor aller Öffentlichkeit erörtert und durch die Presse dann in alle Welt gemeldet werden. Wie für einige besondere Verfahren (Ehe-, Entmündigungs- und Unterbringungssachen) durch die §§ 170 - 171a GVG grundsätzlich anerkannt ist, kann auch in anderen Fällen das Privatleben des Angeklagten durch eine öffentliche Verhandlung so gefährdet sein und das Interesse des Angeklagten an einer nichtöffentlichen Sitzung derart überwiegen, daß man in diesen Fällen nicht mehr von dem Anspruch des Angeklagten auf Öffentlichkeit der Verhandlung spre-

---

1) Maunz-Dürig, Art.1 Anm. 59 — Hodler in NJW 1953, 532
Wendt in MDR 1955, 658 — Geck in DVBl 1956, 525
Schorn: Der Strafrichter, S. 74 — Münch in JZ 1961, 154

2) Art.60 MRK; vgl. Guradze: Menschenrechte, S. 171; Guradze (S. 176) hält es deshalb für richtiger, nicht von einer Änderung, sondern von einer Überdeckung des GG durch die MRK zu sprechen (vgl. Friesenhahn: Der internationale Schutz, S. 37).

3) Woesner in NJW 1961, 1383
vgl. auch Friesenhahn: Der internationale Schutz, S. 37

4) vgl. Guradze: Menschenrechte, S. 197

chen kann, sondern von seinem Interesse an nichtöffentlicher Verhandlung sprechen muß. Ein solches Interesse am Schutz des Privatlebens ist von der MRK als schutzwürdiges Recht anerkannt worden; Art.6 Abs.1 S.2, 5.Alt. MRK will dieses Recht des Angeklagten auf nichtöffentliche Verhandlung gewährleisten[1] und enthält insoweit eine Erweiterung der bisherigen ausschließlich geltenden Vorschriften der §§ 169ff. GVG[2].
Auch der Ausschließungsgrund "Beeinträchtigung der Interessen der Gerechtigkeit" (Art.6 Abs.1 S.2, 6.Alt. MRK), der in eine Art Generalklausel gefaßt ist[3] und über dessen Umfang das Gericht nach freiem Ermessen entscheiden soll, stellt sich als eine Erweiterung der Bestimmungen des GVG dar[2].

Für die Vorstrafenerörterung bedeutet dies folgendes:
Wenn sich auch die Ermittlung der Vorstrafen für den Angeklagten in der Regel belastend auswirkt, so ergibt sich daraus doch noch nicht ohne weiteres ein Ausschließungsgrund aus dem Gesichtspunkt des Schutzes des Privatlebens des Angeklagten oder des Interesses der Gerechtigkeit. Es müssen schon besondere Umstände hinzutreten, die einen Ausschluß der Öffentlichkeit aufgrund des Art.6 Abs.1 S.2, 5.Alt. oder 6.Alt. MRK rechtfertigen, wenn etwa längst vergessene Jugendverfehlungen zur Sprache kommen sollen oder wenn der neu eingestellte, ein "sauberes" Führungszeugnis besitzende Angeklagte infolge der Erörterung seiner beschränkt auskunftspflichtigen Vorstrafe den Verlust seiner Stellung befürchten muß oder wenn Vorstrafen aus der Zeit vor der Eheschließung - etwa aus § 175 StGB - bekannt werden können, die

---

1) Bovensiepen (in DStrZ 1916, 42) machte schon damals den Vorschlag, auf Antrag die Öffentlichkeit auszuschließen, wenn "ein schonungsbedürftiges und schutzwürdiges Interesse des Angeklagten an dem Nichtbekanntwerden seiner Tat" bestehe.

2) von Weber in ZStW 65 (1953), 338
Dallinger in MDR 1953, 149 Schorn in DRiZ 1963, 340
vgl. aber auch Kleinknecht (in Schwarz-Kleinknecht, Art.6 MRK Anm. 5, Vorbem. 3 a) vor MRK; anders noch in der Vorauflage), nach dessen Meinung die über das GVG hinausgehenden Ausschließungsgründe der MRK nicht gelten; Art.6 MRK zeige für den Gesetzgeber lediglich die Grenzen auf, die nicht überschritten werden dürften.

3) vgl. von Weber in ZStW 65 (1953), 338

von dritten Personen zur Störung des Ehefriedens absichtlich oder unabsichtlich verwendet werden können oder wenn Vorstrafen vorliegen, die ein großzügiger Geschäftsmann wegen der seiner Meinung nach geringfügigen Bedeutung hat rechtskräftig werden lassen, die ihm aber jetzt belastend vorgehalten werden können und die dann möglicherweise von seinem Konkurrenten publizistisch aufgebauscht und im Konkurrenzkampf gegen ihn verwertet werden. Sind dagegen die Vorstrafen getilgt, so muß in jedem Falle die Öffentlichkeit aus dem Gesichtspunkt des Interesses des Angeklagten am Schutz seines Privatlebens gemäß Art.6 Abs.1 S.2, 5.Alt. MRK oder auch gemäß Art.6 Abs.1 S.2, 6.Alt. MRK ausgeschlossen werden können. Mit Eintritt der Tilgungsreife ist nämlich das Interesse des Angeklagten am Geheimhalten und Verschweigen seiner Vorstrafe gesetzlich eindeutig anerkannt. Er darf gegenüber jedermann jede Auskunft über die Vorstrafe verweigern und sich als unbestraft bezeichnen (§ 4 Abs.4 S.1 u. 2 StTilgG). Hat er ausnahmsweise gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG auf besondere Anordnung, der er allerdings nicht Folge zu leisten braucht[1)], dem Gericht doch Auskunft zu geben, so lassen sich keine triftigen Gründe dafür finden, daß dies unbedingt in öffentlicher Verhandlung zu geschehen hat; eine Erörterung in öffentlicher Verhandlung würde vielmehr den Grundsätzen der Rehabilitation in höchstem Maße widersprechen. Es ist doch ein Anachronismus, soll der Vorbestrafte, sobald seine Vorstrafe der beschränkten Auskunft unterliegt, nur noch den in § 4 Abs.1 StTilgG genannten Stellen, sobald sie getilgt ist, grundsätzlich niemandem, ausnahmsweise nur dem Gericht, aber dann in öffentlicher Sitzung, d.h. wiederum vor jedermann, über sie Auskunft geben. Durch die Regelung des § 4 Abs.4 S.3 StTilgG wollte der Gesetzgeber ausnahmsweise nur dem Gericht und der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit eröffnen, über getilgte Strafen Auskunft zu erhalten, nicht aber der gesamten Allgemeinheit. So bestimmte § 74 Abs.1 S.3 RJGG vom 6. November 1943, daß der Verurteilte, der aus besonderen Gründen über seine Strafe, deren Strafmakel vom Gericht für gelöscht erklärt worden war, Auskunft

---

1) siehe oben S. 84

zu geben hatte, dies in nichtöffentlicher Sitzung zu tun hatte[1]. Eine gleichartige Vorschrift für das allgemeine Strafverfahren wurde jedoch nicht geschaffen[2], so daß hier eine Lücke in der gesetzlichen Regelung besteht. Diese Lücke kann allerdings heute, soweit sie den rehabilitierten Angeklagten betrifft, durch Art.6 Abs.1 S.2, 5.Alt. MRK als geschlossen angesehen werden.

Unterliegen die Vorstrafen der beschränkten Auskunft, so sollen sie ebenfalls für die Allgemeinheit schon tabu sein. Sie bleiben z.B. bei der Ausstellung polizeilicher Führungszeugnisse außer Betracht (§ 4 Abs.3 StTilgG) und werden nur den in § 4 Abs.1 StTilgG aufgezählten Stellen mitgeteilt. Damit will das Gesetz die Privatsphäre des "halbwegs-rehabilitierten" Vorbestraften schützen, ein Schutz, der gefährdet ist, wenn die Vorstrafen in öffentlicher Verhandlung erörtert werden. Auch die Anordnung der beschränkten Auskunft sollte deshalb schon eine Ausschließung der Öffentlichkeit nach Art.6 Abs.1 S.2, 5.Alt. MRK rechtfertigen.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß für die Erörterung von getilgten Vorstrafen des Angeklagten immer, von Vorstrafen, die der beschränkten Auskunft unterliegen, in der Regel und von unbeschränkt auskunftspflichtigen Vorstrafen bei Vorliegen besonderer Umstände auf Antrag die Öffentlichkeit gemäß Art.6 Abs.1 S.2, 5.Alt. oder 6.Alt. MRK ausgeschlossen werden kann.

7. Rechtsmittel

Das grundsätzlich gegen alle vom Gericht erlassenen Beschlüsse und gegen die Verfügungen des Vorsitzenden zulässige Rechtsmittel der Beschwerde (§ 304 StPO) ist dem Angeklagten versagt: für den Beschluß, der ein gegen einen Richter angebrachtes Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt, bestimmt § 28 Abs.2 StPO ausdrücklich, daß der Beschluß nicht für sich allein, sondern

---

1) Peters: Reichsjugendgerichtsgesetz, § 74 Anm. 1
Klemer in DJ 1943, 566

2) Sie wird für Fragen nach getilgten Vorstrafen ausdrücklich gefordert von Meyer-Velde (S. 108, 111) und Lenz (S. 57), letzterem allerdings nur hinsichtlich des Zeugen.

nur mit dem Urteil zusammen angefochten werden kann; das gleiche gilt für die übrigen Beschlüsse hinsichtlich der Vorstrafenerörterung (z.B. gemäß §§ 238 Abs.2, 242 StPO), weil es sich dabei um Entscheidungen des Gerichts handelt, die in innerem Zusammenhang mit der nachfolgenden Urteilsfällung stehen, nur ihrer Vorbereitung dienen und deshalb der Beschwerde gemäß § 305 StPO nicht unterliegen[1].

Rechtsverstöße des Gerichts bei der Vorstrafenerörterung kann der Angeklagte also nur mit den Rechtsmitteln der Berufung oder Revision, soweit diese möglich und zulässig sind (§§ 312ff., 333ff. StPO), geltend machen.

Ein absoluter Revisionsgrund liegt insbesondere vor: nach § 338 Nr.3 StPO, wenn ein Ablehnungsgesuch zu Unrecht verworfen worden ist, und nach § 338 Nr.8 StPO, wenn durch einen Beschluß - etwa gemäß §§ 238 Abs.2, 242 StPO - die Verteidigung in einem wesentlichen Punkte - das wird die Erörterung der Vorstrafen in der Regel sein - unzulässig beschränkt worden ist. Nach durchaus einhelliger Meinung[2] greift dagegen § 338 Nr.6 StPO nicht ein, wenn ein Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit unzulässigerweise abgelehnt worden ist oder wenn trotz eines den Ausschluß der Öffentlichkeit anordnenden Beschlusses die Verhandlung doch öffentlich stattfand, da nur die unzulässige Beschränkung der Öffentlichkeit den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr.6 StPO ergebe und der Angeklagte keinen Anspruch auf Ausschluß der Öffentlichkeit habe[3].

Die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens sind jedoch auch verletzt, wenn die Öffentlichkeit unzulässigerweise

---

1) RG, Urt.v.21.9.1933, in RGSt 67, 310 (312)
Peters: Strafprozeß, § 73 IV (S. 503)
Kern: Strafverfahrensrecht, § 56 B I c) (S. 216)
Eb. Schmidt: II, § 305 Erl. 5 Jagusch in LR, § 305 Anm. 1

2) siehe statt aller Eb. Schmidt: II, § 338 Erl. 29
Jagusch in LR, § 338 Anm. 14 Sarstedt, S. 149

3) Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung, zuletzt
RG, Urt.v.16.9.1943, in RGSt 77, 186 (187);
BGH, Urt.v.12.7.1951, zit. bei Dallinger in MDR 1953, 149
BGH, Urt.v.27.11.1952, in GA 1953, 83

ausgeschlossen oder beschränkt war, und nicht nur im umgekehrten Falle, wenn die Öffentlichkeit unzulässigerweise nicht ausgeschlossen war oder wenn trotz des Ausschließungsbeschlusses öffentlich verhandelt wurde[1]. Es fragt sich auch, ob nicht der Angeklagte unter bestimmten Umständen durchaus einen Anspruch auf eine nichtöffentliche Verhandlung haben kann[2], zumindest dann, wenn durch Gerichtsbeschluß die Öffentlichkeit ausgeschlossen worden ist. Der Angeklagte wird häufig in einer öffentlichen Verhandlung, wenn ein Grund zum Ausschluß der Öffentlichkeit vorliegt, zu seinen Vorstrafen schweigen oder doch versuchen, eine breite Erörterung der Vorstrafen zu verhindern, und deshalb die entlastenden Momente zu seiner Verteidigung, deren Kenntnisnahme in einer nichtöffentlichen Verhandlung vielleicht Vorstrafen und fehlsames Verhalten des Angeklagten in einem ganz anderen Lichte erscheinen lassen, nicht vorbringen[3]. Die Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit stellt deshalb, soweit sie nicht als absoluter Revisionsgrund in Betracht kommt, auf jeden Fall einen relativen Revisionsgrund gemäß § 337 StPO dar, weil auf dieser Verletzung das Urteil beruhen kann[4].
Auch auf die übrigen Verfahrensverstöße bei der Vorstrafenerörterung, wenn z.B. Vorstrafen unzulässigerweise festgestellt wor-

---

1) So wird im Zivilprozeß der absolute Revisionsgrund des § 551 Nr.6 ZPO (gleichlautend wie § 338 Nr.6 StPO) bejaht, wenn eine mündliche Verhandlung stattfand, bei welcher die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden mußte, aber nicht ausgeschlossen war (z.B. bei § 171 GVG):
RG, Urt.v.21.5.1886, in RGZ 16, 393 (394)
RG v. 18.9.1902 in JW 1902, 529 (Nr. 1)
RG v. 13.1.1938 in HRR 1938, Nr. 680
RG, Urt.v.13.11.1939, in DR 1940, 84 (Nr. 19)
Baumbach-Lauterbach, § 551 Anm. 7
Nikisch, § 125 III 2 e (S. 497) Stein-Jonas, § 551 Anm.II 6

2) vgl. oben S. 99f.

3) vgl. auch Baumbach-Lauterbach (§ 551 Anm. 7), die den Revisionsgrund des § 551 Nr.6 ZPO annehmen, wenn bei sittlich bedenklichen Dingen eine Partei oder ein Zeuge infolge des Nichtausschlusses der Öffentlichkeit sich scheuen konnte, die volle Wahrheit zu sagen.

4) Peters: Strafprozeß, § 60, 2 c) bb) (S. 446)
vgl. auch Jagusch in LR, § 338 Anm. 14

den sind[1] oder wenn nach getilgten Vorstrafen ohne Berücksichtigung des § 4 Abs.4 S.3 StTilgG gefragt worden ist[2], kann gemäß § 337 StPO die Revision gestützt werden.

II. Der Zeuge und seine Vorstrafen

Für die Feststellung der Vorstrafen des Zeugen enthält unser Verfahrensrecht - im Gegensatz zur Erörterung der Vorstrafen des Angeklagten - eine ausdrückliche Bestimmung. Durch Gesetz vom 24. November 1933 (RGBl I 1008) ist in die StPO § 68a eingefügt worden. Diese Vorschrift enthält eine Regelung für die an den Zeugen gerichteten Fragen nach entehrenden Tatsachen und nach Vorstrafen und verleiht damit dem berechtigten Interesse des Zeugen am Schutz seiner Ehre gesetzlichen Ausdruck[3].

A. Zulässigkeit der Vorstrafenerörterung

1. Im allgemeinen

Allgemein kann auch für die Feststellung bzw. Erörterung der Vorstrafen des Zeugen gesagt werden, daß sie nur zulässig ist, wenn sie erforderlich erscheint. So stellt § 68 S.2 StPO für die Fragestellung auf die Erforderlichkeit, § 68a Abs.1 StPO auf die Unerläßlichkeit und § 68a Abs.2 StPO auf die Notwendigkeit ab.

a) Notwendige Feststellung der Vorstrafen gemäß § 68a Abs.2 StPO

Gemäß § 68a Abs.2 StPO soll ein Zeuge nach Vorstrafen nur ge-

---

1) vgl. auch OLG Celle (Urt.v.1.12.1948 in NJW 1949, 600), das in der irrtümlichen Verwertung einer Vorstrafe als strafschärfend einen einer Gesetzesverletzung gleichzuachtenden, die Revision begründenden Denkfehler sieht.

2) Eine vorherige Beanstandung zum Zwecke der Herbeiführung eines Gerichtsbeschlusses ist für die Geltendmachung in der Revision nicht erforderlich; vgl. oben S. 90, Fußnote 2.
Vgl. auch Hartung: Das Strafregister, § 4 StTilgG Anm.9b) dd)

3) vgl. Hülle in DRiZ 1953, 90
Schorn: Der Schutz der Menschenwürde, S. 107

fragt werden, wenn ihre Feststellung im Hinblick auf § 60 Nr.2 oder 3 StPO oder zur Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit notwendig ist. Wenn sich auch die Vorschrift des § 68a Abs.2 StPO unmittelbar nur auf die Fragestellung an den Zeugen bezieht, so läßt sie darüber hinaus doch auch erkennen, in welchen Fällen der Gesetzgeber überhaupt die Feststellung der Vorstrafen eines Zeugen in einem Strafverfahren als zulässig ansehen will[1].

aa) Eidesunfähigkeit des Zeugen (§ 60 Nr.2 StPO)

Gemäß § 161 Abs.1 StGB ist bei jeder Verurteilung wegen Meineids - mit Ausnahme der Fälle der §§ 157, 158 StGB - auf die dauernde Unfähigkeit des Verurteilten, als Zeuge eidlich vernommen zu werden, zu erkennen[2]. Die Eidesunfähigkeit beginnt mit Rechtskraft des Urteils[3]; die Unfähigkeit muß allerdings im Urteil expressis verbis ausgesprochen sein[4]; eine Verurteilung aus § 154 StGB genügt nicht. Es handelt sich nicht um eine Nebenstrafe, sondern um eine Sicherungsmaßregel[5], die vom Gesetzgeber geschaffen wurde, um eine künftige Schädigung der Rechtspflege durch solche Personen, die einmal wissentlich ihre Eidespflicht verletzt haben, zu vermeiden[6]. Die Eidesunfähigkeit wirkt dauernd, d.h. lebenslang[7], und belastet den Ver-

---

1) Eb. Schmidt: II, § 68a Erl. 7 Kohlhaas in LR, § 68a Anm.3

2) a.A. AG Wiesbaden, Urt.v.25.1.1963, in NJW 1963, 965
OLG Köln, Urt.v.11.6.1963, in NJW 1963, 1748
siehe des näheren unten S. 107, Fußnote 7

3) RG, Urt.v.13.7.1939, in RGSt 73, 255 (256)
Eb. Schmidt: II, § 60 Erl. 12 Kohlhaas in LR, § 60 Anm. 2
Kleinknecht in KMR, § 60 Anm. 4

4) RG, Urt.v.24.1.1880, in RGRspr. 1, 269
Schwarz-Kleinknecht, § 60 Anm.5 Kohlhaas in LR, § 60 Anm. 2

5) RG, Urt.v.18.6.1926, in RGSt 60, 285 (286)
RG, Urt.v.1.4.1930, in JW 1930, 3401
BGH, Urt.v.30.4.1953, in BGHSt 4, 157 (158)
BGH, Urt.v.19.10.1954, in BGHSt 6, 373 (375)
Maurach: BT, § 75 IIB 5a (S.603) Mezger in LK II, § 161 Anm.3
Kohlrausch-Lange, § 161 Anm. IV Schönke-Schröder,§ 161 Anm.5
a.A. Eb. Schmidt: II, § 60 Erl. 12

6) RG, Urt.v.18.6.1926, in RGSt 60, 285 (286)

7) Mezger in LK II, § 161 Anm. 3

urteilten während des gesamten weiteren Lebens mit dem Makel der Vorstrafe; denn eine Tilgung kann gemäß § 3 Abs.1 StTilgG nicht erfolgen, selbst wenn der Betreffende aus § 154 Abs.2 StGB nur zu Gefängnis verurteilt worden ist[1].

Gegen diese Regelung des § 161 StGB sind schon seit jeher stärkste Bedenken erhoben worden[2]. So haben die Strafgesetzbuch-Entwürfe[3] durchweg auf eine entsprechende Bestimmung verzichtet, zuletzt der StGB-E 1962[4], um die Wiedereingliederung des Täters in die Gemeinschaft möglichst wenig zu erschweren[5] und eine dauernde Brandmarkung des Verurteilten zu vermeiden[6].

Nach derzeitigem Recht ist jedoch die Eidesunfähigkeit eines Zeugen in jedem Verfahren noch zu beachten[7]. Die frühere Ge-

---

1) Die Tilgung kann nur dann eintreten, wenn durch besondere Anordnung gemäß § 8 StTilgG dem Zeugen die verlorene Eidesfähigkeit wieder zuerkannt worden ist (vgl. § 7 Nr.1 StRegVO; Burchardi-Klempahn: Strafregister § 8 StTilgG Anm. V 1, § 3 StTilgG Anm. II 2; Hartung: Das Strafregister, § 3 StTilgG Anm. 3 d); Kohlhaas in LR, § 60 Anm. 2; Schwarz-Kleinknecht, § 3 StTilgG Anm. 3; a.A. Eb. Schmidt: II, § 60 Erl. 12). Wird andererseits im Gnadenwege die Löschung der Verurteilung wegen Meineids im Strafregister bewilligt, so wird dadurch nicht die Eidesunfähigkeit beseitigt (RG, Urt.v.17.6.1930, in DRiZ 1930, Nr. 563).

2) Peters (Rehabilitierung Straffälliger, S. 28, These 5; siehe auch S. 14) tritt für ihre Beseitigung ein; vgl. auch Hoegel in SeuffBl 75 (1910), 200.

3) siehe Begründung zum Vorentwurf von 1909, S. 541, ferner den StGB-E 1927 (Reichstag III 1924/27, Drucksache Nr.3390, S.94)

4) Bundesratsdrucksache 200/62

5) Bundesratsdrucksache 200/62, S. 98

6) Bundesratsdrucksache 200/62, S. 626
Es muß dann jedoch in die StPO eine Bestimmung eingefügt werden, nach der es zulässig ist, daß wegen Meineids Vorbestrafte nach richterlichem Ermessen unvereidigt bleiben können.

7) Guradze (in NJW 1963, 966) weist dagegen darauf hin, daß § 161 StGB durch Art.3 MRK schon nach geltendem Recht aufgehoben sei, wenn diese Vorschrift eine erniedrigende Strafe vorschreibe; dies könne aber der Begründung des StGB-E 1962 (S. 626) entnommen werden.
Das AG Wiesbaden hat in seiner beachtlichen Entscheidung vom 25. 1. 1963 (in NJW 1963, 965ff. mit zustimmender Anmerkung von Guradze) erklärt, daß bei Verurteilungen wegen Meineids

(Fortsetzung der Fußnote auf S. 108)

richtspraxis sah dabei so aus, daß jeder Zeuge im Rahmen der sog. Generalfragen gefragt wurde, ob er wegen Meineids vorbestraft sei[1]. Diese Praxis wurde als große Unsitte bezeichnet[2], ist aber nur die konsequente prozessuale Folge des § 161 StGB und zeigt dessen Fragwürdigkeit auf. Die heutige Verfahrenspraxis geht dahin, die Frage nach einer Meineidsvorstrafe nur zu stellen, wenn besondere Anhaltspunkte dafür vorliegen. Genau genommen muß eigentlich gefragt werden, ob der Zeuge wegen Meineids vorbestraft und (!) ihm die Eidesfähigkeit aberkannt worden ist; denn die Bestrafung wegen Meineids besagt noch nichts über die Eidesunfähigkeit, weil deren Ausspruch versehentlich unterblieben oder absichtlich[3] unterlassen worden sein kann[4]. Nur nach der Eidesfähigkeit zu fragen, empfiehlt sich dagegen nicht; denn dem Zeugen wird gewöhnlich weniger die Aberkennung der Eidesfähigkeit als vielmehr nur die Bestrafung wegen Meineids bewußt sein, vor allem wenn diese längere Zeit zurückliegt.
Aber auch eine ins Blaue hinein gestellte Frage an den Zeugen nach einer Vorstrafe wegen Meineids, die zur Eidesunfähigkeit geführt hat, muß vom Gericht - vorausgesetzt, das Gericht will nicht gemäß §§ 61, 62 StPO von einer Vereidigung absehen - zugelassen werden und darf nicht zurückgewiesen werden; denn wenn es

---

unter mildernden Umständen zu Gefängnis nicht unbedingt auf die Aberkennung der Eidesfähigkeit erkannt werden müsse, weil der in Art.3 MRK enthaltene, allgemeinverbindliche Grundsatz der Notwendigkeit eines angemessenen Verhältnisses zwischen dem Schuldgehalt und dem Grad der Verwerflichkeit einer Straftat einerseits und der zu verhängenden Strafe mit den Nebenfolgen der Tat andererseits bei einem relativ sehr geringen Schuldgehalt im Falle des § 154 Abs.2 StGB die dauernde Aberkennung der Eidesfähigkeit nicht rechtfertige und deshalb dazu zwinge, den Wortlaut des § 161 StGB insoweit als nicht verbindlich zu betrachten. Das OLG Köln (Urt.v.11.6. 1963 in NJW 1963, 1748) will neuerdings bei geringem Schuldgehalt auf eine in den Grenzen des § 32 Abs.2 StGB zeitlich befristete Eidesunfähigkeit erkennen.

1) Delaquis in SchwZfStR 25 (1909), S. 115, Fußnote 1, unter Bezugnahme auf Engel

2) RG in einer von Engel erwähnten Entscheidung, zit. bei Delaquis in SchwZfStR 25 (1909), S. 115, Fußnote 1

3) AG Wiesbaden, Urt.v.25.1.1963, in NJW 1963, 965

4) vgl. Delaquis in SchwZfStR 25 (1909), S. 115, Fußnote 1

zu einer Vereidigung kommt - wie es im Regelfall geschieht -, ist eine Frage nach einer Meineidsstrafe in obiger Form immer notwendig, um die Eidesfähigkeit oder Eidesunfähigkeit festzustellen; für den Zeugen besteht nämlich keine Rechtspflicht, von sich aus bei seiner Vernehmung seine Eidesunfähigkeit anzugeben[1].

bb) Vereidigungsverbot der Täterschaft, Beteiligung etc. des Zeugen (§ 60 Nr.3 StPO)

Gemäß § 60 Nr.3 StPO darf ein Zeuge nicht vereidigt werden, wenn er der Tat, die den Gegenstand der Hauptverhandlung bildet, oder der Beteiligung an ihr, der Begünstigung oder Hehlerei verdächtig oder deswegen bereits verurteilt ist. Dabei wird der Begriff der Beteiligung sehr weit gefaßt; man versteht darunter nicht nur die Teilnahme im Sinne der §§ 47ff. StGB, sondern jede strafbare Mitwirkung an dem fraglichen Hergang[2]. Ist der Zeuge deswegen bereits rechtskräftig verurteilt worden, so hindern diese Vorstrafen seine Vereidigung. Aber schon vor der Rechtskraft begründet das Urteil im allgemeinen immer das Vereidigungsverbot, da der Zeuge damit der Tat oder der Beteiligung usf. mindestens verdächtig ist[3]. Darüberhinaus können Vorstrafen des Zeugen mittelbar auch dann für § 60 Nr.3 StPO von Bedeutung sein, wenn ihnen eine Indizfunktion für den Tat- oder Beteiligungsverdacht zukommt, wenn z.B. der Zeuge mehrfach wegen Begünstigung des mehrfach vorbestraften Angeklagten verurteilt worden ist und jetzt wiederum die Möglichkeit besteht, daß er den Angeklagten begünstigt hat[4]. In all diesen Fällen sind

---

1) vgl. BGH, Urt.v.1.10.1953, in BGHSt 5, 25 (27)

2) BGH, Urt.v.30.1.1951, in NJW 1951, 324
BGH, Urt.v.29.5.1952, in LM, Nr. 2 zu § 68a StPO
vgl. auch Kohlhaas in LR, § 60 Anm. 3 b) u. h), sowie
Eb. Schmidt: II, § 60 Erl. 23-25, mit jeweils zahlreichen Einzelfällen.

3) Kohlhaas in LR, § 60 Anm. 6 b)

4) Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Zeuge strafrechtlich belangt werden kann - etwa dann nicht, wenn ein persönlicher Strafausschließungsgrund vorliegt oder Strafverfol-

(Fortsetzung der Fußnote auf S. 110)

Fragen nach Vorstrafen an den Zeugen zuzulassen und zulässig; da aber hier nicht allgemein die Vorstrafen von Bedeutung sind, sondern nur ganz bestimmte, nämlich solche der oben aufgezeigten Art, ist der Zeuge nicht allgemein nach seinen Vorstrafen zu befragen, sondern nur nach solchen, die geeignet sind, ein Vereidigungsverbot gemäß § 60 Nr.3 StPO begründen zu können.

cc) Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen

Gemäß § 68a Abs.2 StPO darf ein Zeuge auch dann nach Vorstrafen gefragt werden, wenn ihre Feststellung notwendig ist, um die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu beurteilen[1]. Notwendig ist eine solche Beurteilung lediglich dann, wenn es auf die Aussage des Zeugen überhaupt ankommt[2], was allerdings in der Regel der Fall sein wird. Notwendig ist aber auch dann eine Feststellung der Vorstrafen nur, wenn anders das Gericht nicht zu einer endgültigen Entscheidung über die Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit des Zeugen kommen kann; sie ist jedenfalls nicht mehr nötig, wenn das Gericht schon von der Unglaubwürdigkeit des Zeugen überzeugt ist. Sonst kommt jedoch eine Frage nach Vorstrafen des Zeugen in Betracht, weil die Kenntnis etwaiger Vorstrafen

---

gungsverjährung eingetreten ist -; denn maßgebend für § 60 Nr.3 StGB war nicht der Gedanke, daß der Zeuge durch seine Bekundung sich selbst der Gefahr einer Bestrafung aussetzt - diesem Gedanken trägt § 55 StPO genügend Rechnung -, sondern allein der psychologisch belastende Umstand, daß er in eine kriminelle Angelegenheit mitverwickelt ist, so daß es gleichgültig erscheint, ob er nur verdächtig oder schon verurteilt worden ist (vgl. Eb. Schmidt: II, § 60 Erl. 16); er wird im allgemeinen eben kein unbefangener Zeuge sein (Seibert in NJW 1963, 143 mit weiteren Zitaten).

1) Auch im englischen Strafprozeß ist dies zulässig (Brangsch, S. 74, Fußnote 22; Westhoff, S. 130), desgleichen in den USA (Eckleben, aaO., S.328), ferner in Österreich (§§ 166 Abs.2, 248 Abs.1 öStPO; vgl. Lohsing-Serini, § 71 b, S. 295; Eckleben, aaO., S. 29).

2) so auch § 68 S.2 StPO, der über die Vorschrift des § 68a Abs.2 StPO leicht übersehen wird und der besagt, daß (nur !) erforderlichenfalls dem Zeugen Fragen über solche Umstände, die seine Glaubwürdigkeit betreffen - also auch Vorstrafen -, vorzulegen sind.

häufig wertvolle Aufschlüsse und Hinweise geben kann, um die schwierige und wichtige Beurteilung eines Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit hin vornehmen zu können[1]. Die Gefahr aber, daß über diese Klausel der Glaubwürdigkeitsbeurteilung der gesamte § 68a StPO, der eine Einschränkung der Vorstrafenfeststellung bezweckt, zu sehr ausgeweitet und damit in seinem Sinn ausgehöhlt wird, ist nicht gering. Es ist deshalb näher zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen im einzelnen Vorstrafen geeignet sein können, zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit beizutragen, so daß ihre Feststellung erforderlich und notwendig erscheint.

Vorstrafen eines Zeugen können aus dreierlei Gründen Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit aufkommen lassen, diese erschüttern und den Zeugen als unglaubwürdig erscheinen lassen:

Erstens können Vorstrafen eines Zeugen diesen allgemein als nicht sehr glaubwürdig erkennen lassen, wenn sich nämlich aus der Art der Vorstrafe ergibt, daß der Zeuge es mit der Wahrheit schon einmal oder sogar mehrmals nicht so genau genommen hat, insbesondere, wenn er wegen falscher Aussage (§§ 153ff. StGB) oder falscher Anschuldigung (§ 164 StGB) oder auch wegen übler Nachrede (§ 186 StGB) oder Verleumdung (§ 187 StGB) vorbestraft ist, ferner auch wegen der sog. Täuschungs- oder Fälschungsdelikte (§§ 145d, 169, 170, 263ff., 267ff., 348 StGB)[2]. Wenn auch eine Vorstrafe dieser Art nicht automatisch dem Verurteilten die Glaubwürdigkeit als Zeuge in einem späteren Verfahren aberkennt, ist eine solche Vorstrafe doch ein beachtenswertes Indiz gegen die Glaubwürdigkeit[3], dessen Stärke und Durchschlagskraft allerdings sich nach der Besonderheit des Einzelfalles richtet.

Zweitens können Vorstrafen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen in bestimmten Verfahren schmälern, wenn nämlich Gegenstand des Strafverfahrens das gleiche oder ein gleichartiges Delikt ist,

---

1) vgl. Peters in Festschrift für Mezger, S. 498

2) vgl. Schorn: Der Strafrichter, S. 253
Schwarz-Kleinknecht, § 68a Anm. 2 A

3) vgl. Peters: Zeugenlüge und Prozeßausgang, S. 303

dessentwegen der Zeuge vorbestraft ist[1] - z.B. ist die Zeugin wegen Abtreibung (§ 218 StGB) vorbestraft, die Beschuldigte wegen Abtreibung angeklagt oder z.B. ein Zeuge wegen gewerbsmäßigen Jagdvergehens (§ 292 Abs.3 StGB) vorbestraft, der Beschuldigte der Wilderei angeklagt -, weil der Zeuge dann wegen seiner eigenen früheren Verfehlung in gleicher Sache befangen ist (sachliche Befangenheit) und womöglich infolge der eigenen allzu menschlichen Rechtfertigungsversuche den dem Angeklagten zur Last gelegten Vorfall unbewußt bagatellisiert oder vielleicht auch infolge der eigenen Skrupel stark übersteigert. Drittens können Vorstrafen für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen in einem Verfahren gegenüber einem bestimmten Angeklagten bedeutungsvoll sein (persönliche Befangenheit), wenn einerseits sich aus der strafbaren Handlung des Zeugen der Verdacht einer Kollaboration zwischen dem Zeugen und Angeklagten ergibt, wenn nämlich der Zeuge wegen Begünstigung oder Hehlerei (§§ 257ff. StGB) oder als Mittäter oder Teilnehmer (§§ 47ff. StGB) einer früheren strafbaren Handlung des Angeklagten vorbestraft ist, oder wenn andererseits sich aus der Straftat des Zeugen eine Gegnerschaft oder Abneigung gegenüber dem Angeklagten ergibt, wenn der Zeuge z.B. wegen eines Körperverletzungs- (§§ 223ff. StGB) oder eines Beleidigungsdeliktes (§§ 185ff. StGB)[2], begangen gegenüber dem jetzigen Angeklagten, vorbestraft ist.

Insgesamt gesehen ist also zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen die Feststellung von Vorstrafen notwendig, wenn diese die Wahrheitssphäre berühren oder wenn sie eine sachliche oder persönliche Befangenheit des Zeugen, weil dieser wegen eines gleichartigen Delikts vorbestraft ist oder weil die Vorstrafe für eine dem jetzigen Angeklagten dienliche oder nachteilige strafbare Handlung des Zeugen verhängt worden ist, gewahr werden lassen. Das bedeutet, daß die Tatsache der Vorbestrafung allein für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit nicht

---

1) Kohlhaas in LR, § 68a Anm. 3

2) vgl. auch OLG Saarbrücken, Urt.v.13.10.1960, in VRS 21 (1961), 48 (49)

aufschlußreich sein kann, sondern nur einzelne Vorstrafen bestimmter Art unter den soeben erläuterten Aspekten. Folglich ist eine Frage an den Zeugen, ob er vorbestraft sei, in dieser allgemeinen Form unzulässig; er darf unter dem Gesichtspunkt der Glaubwürdigkeitsbeurteilung nur nach bestimmten Vorstrafen oder nach einzelnen wegen bestimmter Delikte verhängten Vorstrafen, aus denen sich Anhaltspunkte für seine Unglaubwürdigkeit ergeben können, gefragt werden[1].

b) Unerläßliche Feststellung der Vorstrafen gemäß §§ 244 Abs.2, 69, 68a Abs.1 StPO

In der nicht sehr umfangreichen Literatur zu § 68a StPO wird durchweg die Meinung vertreten, für die Befragung des Zeugen nach Vorstrafen sei § 68a Abs.2 StPO lex specialis; der Zeuge dürfe nur zu den in § 68a Abs.2 StPO bestimmten Zwecken nach Vorstrafen gefragt werden[2]. Diese Ansicht bedarf einer Ergänzung und einer gewissen Korrektur. Folgte man nämlich genau dieser Meinung, so wäre in all den Fällen, in denen Vorstrafen des Zeugen unmittelbar Gegenstand der strafbaren Handlung des Angeklagten sind, eine Befragung des Zeugen nach diesen Vorstrafen und ihre Feststellung nicht möglich, wenn also z.B. ein Erpresser dem Zeugen die Verbreitung und Veröffentlichung seiner Vorstrafen angedroht oder wenn jemand den Zeugen als Vorbestraften bezeichnet und damit beleidigt hat[3]; denn wenn diese Delikte gegen den Zeugen selbst begangen werden, ist dieser nicht Beteiligter im Sinne des § 60 Nr.3 StPO - dann wäre er von § 68a Abs.2 StPO erfaßt -, sondern Verletzter im Sinne des

---

1) vgl. die Regelung im Schweizer Recht, nach der ein Zeuge grundsätzlich nach Vorstrafen nicht gefragt werden darf, sondern nur ausnahmsweise nach einer bestimmten ungelöschten Vorstrafe dann, wenn es der Richter zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen für unerläßlich hält (Eckleben, aaO., S. 11);
vgl. ferner Delaquis in SchwZfStR 25 (1912), 115

2) Eb. Schmidt: II, § 68a Erl. 5 Kohlhaas in LR, § 68a Anm. 3
Kleinknecht in KMR, § 68a Anm. 3

3) vgl. weitere Fälle oben S. 16

§ 61 Nr.2 StPO[1]. Mag nun in diesen Fällen der betroffene Zeuge ein Interesse daran haben, daß über seine etwaigen Vorstrafen nicht weiter diskutiert wird - was z.B. bei § 185 StGB nur im Sinne des Angeklagten wäre -, so gebietet hier doch die dem Gericht gesetzlich auferlegte Pflicht zur Ermittlung der absoluten Wahrheit (§ 244 Abs.2 StPO), die zur Überführung des Angeklagten erforderlichen Vorstrafen des Zeugen festzustellen. Ob bei der Schaffung des § 68a StPO diese seltenen Fälle eigens gesehen worden sind, erscheint fraglich. Man könnte allerdings der Meinung sein, § 68a StPO sei durch diese Fälle gar nicht berührt, da § 68a Abs.2 StPO sich nur auf die Vernehmung des Zeugen zur Person beziehe[2], was sich schon aus der systematischen Stellung dieser Vorschrift im Gesetz ergebe; bei den gegen den Zeugen gerichteten Vorstrafendelikten des Angeklagten gehöre dagegen die Befragung des Zeugen nach diesen Vorstrafen zur Vernehmung des Zeugen zur Sache (§ 69 StPO). Der Hinweis allein auf die Stellung im Gesetz überzeugt jedoch nicht; denn § 68a Abs.1 StPO enthält sicher eine Regelung, die auch für die Vernehmung des Zeugen zur Sache gedacht ist und gilt und die bei der gesamten Befragung des Zeugen zu beachten ist. Man hat deshalb den Abs.2 des § 68a StPO nicht so sehr als Einengung seines Abs.1 aufzufassen[3], sondern vielmehr als Erläuterung dessen, was hinsichtlich der Vorstrafen als "unerläßlich" (im Sinne des Abs.1 des § 68a StPO) angesehen werden muß, allerdings wohl im Hinblick auf die Vernehmung zur Person. Nur insofern kann § 68a Abs.2 StPO eine ausschließliche Regelung enthalten. Grundsätzlich gilt dagegen auch für die Vorstrafen des Zeugen, daß der Zeuge nach ihnen gefragt werden darf, wenn dies unerläßlich

---

1) RG, Urt.v.10.2.1888, in RGSt 17, 116 (121)
RG, Urt.v.10.11.1916, in RGSt 50, 163 (165)
Eb. Schmidt: II, § 60 Erl. 25 Kohlhaas in LR, § 60 Anm.3 c)
vgl. aber auch BGH (Urt.v.13.7.1951 in BGHSt 1, 274), der für § 175a Nr.3 StGB feststellt, daß der Verführte zugleich Verletzter und teilnahmeverdächtig sein kann.

2) vgl. Schorn: Der Strafrichter, S. 41, 43

3) so allerdings Eb. Schmidt: II, § 68a Erl. 5

- d.h. zur Wahrheitserforschung notwendig - ist[1]. Der Grundsatz der allgemeinen Aufklärungspflicht (§ 244 Abs.2 StPO) wird durch § 68a StPO nicht eingeschränkt, sondern überlagert gewissermaßen die prozessuale Gegebenheit des § 68a StPO[2]. Bei Vorstrafendelikten, die der Angeklagte gegen den Zeugen begangen haben soll, ist also eine Befragung des Zeugen nach diesen Vorstrafen, falls dies zur Erforschung des Sachverhalts erforderlich erscheint und damit unerläßlich ist, zulässig (§§ 244 Abs.2, 69, 68a Abs.1 StPO).

2. Im besonderen

Für die Zulässigkeit der Vorstrafenfeststellung im besonderen, z.B. wenn ein Wiederaufnahmeverfahren läuft oder die Tilgung versehentlich unterblieben ist usf., kann auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Vorstrafenfeststellung beim Angeklagten verwiesen werden[3]. Hinsichtlich der getilgten und der beschränkt auskunftspflichtigen Vorstrafen sowie der sog. Bagatellstrafen sind jedoch eigene, neue Erwägungen erforderlich.

a) Die getilgte oder tilgungsreife Vorstrafe

Die Feststellung getilgter Vorstrafen kann nur dann zulässig sein, wenn sie als unbedingt erforderlich erscheint. Getilgte Vorstrafen kommen für die Feststellung der Eidesunfähigkeit des Zeugen nicht in Betracht, da die Vorstrafen wegen Meineids nur und erst getilgt werden, wenn der Verurteilte die Eidesfähigkeit wiedererlangt hat (§ 3 Abs.1 StTilgG). Daß getilgte Vorstrafen im Rahmen des § 60 Nr.3 StPO beachtlich sein können, ist infolge der langen Tilgungsfristen äußerst unwahrscheinlich: eine Indizfunktion zur Verstärkung des "Verdachtes" kann getilgten Vorstrafen nicht mehr zukommen; es ist jedoch denkbar, daß

---

1) BGH, Urt.v.29.9.1959, in BGHSt 13, 252
Geier in LM, § 68a StPO Nr.3
Schorn: Der Strafrichter, S. 252

2) Weimann in JR 1953, 21

3) siehe oben S. 41-44, 56-60

z.B. der wegen Begünstigung eines Mörders Bestrafte nach Eintritt der Tilgungsreife in dem Verfahren gegen den wiederaufgetauchten Mörder als Zeuge vernommen werden soll. Dabei kann der mehr oder weniger lange Zeitablauf nach der Verurteilung des Zeugen nichts an dem Sinn und Zweck des in § 60 Nr.3 StPO festgelegten Vereidigungsverbotes ändern. Die Feststellung einer getilgten Vorstrafe eines Zeugen muß folglich dann zulässig sein, wenn diese unmittelbar das Vereidigungsverbot des § 60 Nr.3 StPO begründet.

Zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen scheinen getilgte Vorstrafen grundsätzlich nicht mehr geeignet zu sein. Deshalb und aus dem Gedanken der Rehabilitation wollte man z.B. durch Art.70 Ziff. 32 des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz (1930)[1] eine Vorschrift schaffen, nach der sich Fragen an den Zeugen nicht auf solche Vorstrafen erstrecken sollten, die der Zeuge vor mehr als zehn Jahren erhalten hatte. Liegt eine Vorstrafe weiter zurück und ist sie getilgt, so vermag sie, soweit aus ihr allgemein oder für ein bestimmtes Verfahren generell (sachliche Befangenheit) auf die Unglaubwürdigkeit des Zeugen geschlossen werden kann, sicher nicht mehr als Entscheidungsgrundlage für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit zu dienen. Ist jedoch eine Vorstrafe speziell gegenüber einem bestimmten Angeklagten geeignet, Bedenken an der Glaubwürdigkeit des Zeugen aufkommen zu lassen, weil aus ihr eine Kollaboration des Zeugen mit dem Angeklagten oder andererseits eine feindselige Gegnerschaft ersichtlich ist, so ist diese Vorstrafe auch noch nach längerer Zeit und nach ihrer Tilgung möglicherweise geeignet, Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen aufkommen zu lassen; denn eine feindliche Einstellung ist häufig so tiefgehend, daß sie sich auch noch nach sehr langer Zeit auswirkt, und es ist andererseits auch möglich, daß ein verschworenes Zusammenarbeiten ebenfalls von dauerndem, lebenslangen Bestande ist.

---

1) Reichstagsdrucksache IV. Wahlperiode Nr. 2070

Bei Vorstrafendelikten schließlich kann es ebenfalls erforderlich sein, getilgte Vorstrafen des Zeugen zur Überführung des Angeklagten zu ermitteln[1].

All diesen drei Variationen ist gemeinsam, daß der jetzige Angeklagte zu der getilgten Vorstrafe des Zeugen in einer näheren konkreten Beziehung als Beteiligter, Betroffener etc. steht. Insgesamt gesehen kann deshalb die Feststellung einer getilgten Vorstrafe eines Zeugen ausnahmsweise dann zulässig sein, wenn sie unmittelbar das Vereidigungsverbot des § 60 Nr.3 StPO begründet oder wenn sie eine persönliche Befangenheit - starke Kollaboration oder Antipathie zwischen Zeuge und Angeklagtem - erkennen läßt oder wenn sie den Gegenstand eines Vorstrafendelikts bildet und ihre Aufklärung zur Verurteilung des Angeklagten erforderlich ist[2].

b) Die nichtregisterpflichtige Vorstrafe (sog. Bagatellstrafe)

Wenn auch das schutzwürdige Interesse des Zeugen an der Nichterörterung seiner nichtregisterpflichtigen Vorstrafen nicht übermäßig hoch eingeschätzt werden darf, weil diesen Bagatellstrafen kein allzu großes Unwerturteil entnommen werden kann[3], so darf es doch auch nicht unterschätzt werden, weil auch das Bekanntwerden geringfügiger Vorstrafen für den Zeugen ungünstige Folgen haben kann. Auch beim Zeugen ist es darum berechtigt, die nichtregisterpflichtigen Vorstrafen den getilgten Vorstrafen - so es um die Zulässigkeit ihrer Feststellung im Prozeß geht - gleichzusetzen[4]. Es gelten die gleichen, im vorigen Abschnitt näher erläuterten Grundsätze; denn für § 60 Nr.2 StPO kommen Bagatellstrafen nicht in Frage, wohl dagegen für § 60 Nr.3 StPO und zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit, soweit aus ihnen auf eine persönliche Befangenheit geschlossen werden

---

1) vgl. oben S. 113-115

2) vgl. dagegen Peters (Rehabilitierung Straffälliger, S. 29, These 15, Satz 4), der sich generell gegen eine Befragung des Zeugen nach getilgten Vorstrafen ausspricht.

3) Creifelds in GA 1957, 262

4) Fuhrmann in Dalcke, § 4 StTilgG Anm. 13
vgl. oben S. 62

kann (z.B. bei Strafen aus §§ 366 Nr.6, 370 Abs.1 Nr.1 u. 2 StGB), und schließlich bei Vorstrafendelikten, bei denen gerade Bagatellstrafen Gegenstand des Streites sein können. Die Eintragung einer nichtregisterpflichtigen Vorstrafe in der Verkehrssünderkartei kann ebenso wie beim Angeklagten[1] eine Ausnahme bewirken, da aus der eingetragenen Vorstrafe - besonders wenn es deren mehrere sind - in einem Verkehrsprozeß sich eine sachliche, die Glaubwürdigkeit beeinträchtigende Befangenheit des Zeugen ergeben kann.

c) Die Vorstrafe, über die nur beschränkte Auskunft erteilt wird

Vorstrafen, die schon der beschränkten Auskunft unterliegen, pflegen in der Regel nicht mehr geeignet zu sein, den Zeugen als allgemein unglaubwürdig oder als sachlich befangen erscheinen zu lassen; die Fristen für die beschränkte Auskunft sind nämlich mit fünf bzw. über zehn Jahren (§ 6 StTilgG) reichlich lang, meist sogar zu lang[2]. Da jedoch der zeitliche Eintritt der beschränkten Auskunft unterschiedlich sein kann, z.B. vorzeitig gemäß § 25 Abs.1 S.2 StGB oder § 8 StTilgG, muß auf den Einzelfall abgestellt werden. Bei Vorstrafen aber, über die gemäß §§ 1 Abs.1, 6 StTilgG nur noch beschränkt Auskunft erteilt werden darf, scheint es richtig, ihre Feststellung nur dann für zulässig zu halten, wenn die für die Feststellung getilgter Vorstrafen angeführten Ausnahmen vorliegen.

B. Zeitpunkt der Vorstrafenerörterung

Eine Bestimmung des richtigen Zeitpunktes für die Erörterung der Vorstrafen eines Zeugen kann nicht generell für alle Fälle getroffen werden, sondern sie hängt ab von der Funktion der Vorstrafe im Einzelfalle. Soweit die Vorstrafen festgestellt werden sollen, um über die Voraussetzungen des § 60 Nr.2 u. 3 StPO

---

1) siehe oben S. 62

2) vgl. Tischer, aaO., S. 46 Tacik in JR 1957, 326
Kohlhaas in DRiZ 1957, 184

zu befinden, hat dies am Schluß der Vernehmung des Zeugen zu geschehen, da erst einmal feststehen muß, ob der Zeuge überhaupt vereidigt werden soll. Sollen Vorstrafen Anhaltspunkte für die Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit liefern, so läßt sich eine Feststellung und Erörterung zu Beginn der Vernehmung rechtfertigen, weil dann die Prozeßbeteiligten im Laufe der Vernehmung die Möglichkeit haben, die Aussagen des Zeugen auch sofort unter diesem Gesichtspunkt zu sehen, insofern kritischer zu sein und eventuell durch Fragen oder Vorhaltungen sogleich eine Korrektur unglaubhafter Angaben erreichen zu können. Dienen schließlich Vorstrafen der Aufklärung eines Vorstrafendelikts, so findet ihre Erörterung naturgemäß während der Vernehmung des Zeugen zur Sache statt. Wenn das Gericht mehrere Zeugen zu vernehmen hat, sollte es den Zeugen, bei dem voraussichtlich Vorstrafen zur Sprache kommen, - soweit möglich - erst am Schluß der Beweisaufnahme vernehmen, wenn feststeht, daß die Aussage dieses Zeugen noch benötigt wird.

C. Prozessuale Möglichkeiten der Vorstrafenfeststellung

Die Ermittlung der Vorstrafen des Zeugen vollzieht sich in der gleichen prozessualen Art wie beim Angeklagten und unterliegt den allgemeinen Beweisregeln des Prozeßrechts[1]. Sie geschieht durch Befragung, gegebenenfalls unter Vorhalt aus dem Strafregisterauszug, durch Verlesung eines Auszuges aus dem Strafregister[2] oder der Verkehrssünderkartei insoweit, als die Vorstrafen festgestellt werden dürfen, durch Vernehmung eines Zeugen, Einsicht in die Personalakte[3] usf.[4]. Auch die Verlesung

1) vgl. OLG Kiel v.13.6.1946 in SchlHA 1946, 289

2) Kleinknecht in KMR, § 249 Anm. 5 Groth, S. 27

3) vgl. Peters in Festschrift für Mezger, S. 498

4) Eine schriftliche Befragung und eine schriftliche Beantwortung, die nur dem Gericht und den Parteien bekanntgegeben wird, wie es in Dänemark üblich ist (s. Eckleben, aaO., S. 93), oder lediglich der Hinweis auf Vorstrafen, die der dem Gericht vorliegende und den Parteien zugänglich gemachte

(Fortsetzung der Fußnote auf S. 120)

eines gegen den Zeugen ergangenen Strafurteils ist zulässig[1]. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, daß § 249 S.2 StPO nur die Verlesung von Strafurteilen für zulässig erachtet, die gegen den Angeklagten selbst ergangen sind; denn § 249 StPO gibt eine allgemeine Regelung zur Durchführung des Urkundsbeweises, die weder auf die in Satz 2 des § 249 StPO aufgezählten Schriftstücke beschränkt ist[2] noch bei den Strafurteilen auf solche, die gegen den Angeklagten selbst ergangen sind[3].
Sollen getilgte Vorstrafen des Zeugen festgestellt werden, so darf dies nur geschehen, wenn eine Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG ergangen ist. Ist eine Feststellung grundsätzlich zulässig, so muß das Gericht diese Anordnung doch im Einzelfall auf "besondere Gründe" stützen, die es rechtfertigen, die durch die Tilgung erlangte Rechtsstellung des Zeugen zu durchbrechen[4]. Es müssen schon schwerwiegende Gründe vorliegen, die ein Zurückgreifen auf getilgte Vorstrafen eines Zeugen, der meist als ein Unbeteiligter in ein Strafverfahren hineingezogen wird und durch seine Aussage nur seiner staatsbürgerlichen Pflicht nachkommen will, verantworten lassen. Eine Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG darf nur ultima ratio sein, wenn das Gericht den wegen eines Vorstrafendelikts Angeklagten nicht anders überführen kann oder wenn der Aussage des Zeugen die entscheidende Bedeutung in der Beweisaufnahme zukommt und ohne Einbeziehung der getilgten Vorstrafe bzw. der Feststellung ihrer

---

Strafregisterauszug enthält, sind nicht zulässig, da dies mit dem im deutschen Strafprozeß herrschenden Prinzip der Mündlichkeit der Verhandlung nicht in Einklang zu bringen ist (vgl. Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 24, 25).

1) BGH, Urt.v.2.10.1951, in BGHSt 1, 337
Eb. Schmidt: II, § 68a Erl. 8, § 249 Erl. 10
Kleinknecht in KMR § 68a Anm. 3, § 249 Anm. 4 a)
Schwarz-Kleinknecht, § 68a Anm. 2 A, § 249 Anm. 6
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 249 Anm. 4
Geier in LR, § 249 Anm. 5 a) Schorn: Der Strafrichter, S.41

2) Geier in LR, § 249 Anm. 5
Eb. Schmidt: II, § 249 Erl. 9 mit weiteren Hinweisen

3) BGH, Urt.v.2.10.1951, in BGHSt 1, 337 (341)

4) vgl. Hartung: Das Strafregister, § 4 StTilgG Anm. 9 b) dd)
Burchardi-Klempahn: Strafregister, § 4 StTilgG Anm. V 3 b)

Nicht-Existenz nicht darüber befunden werden kann, ob die Aussage des Zeugen glaubwürdig erscheint oder ob der Zeuge gemäß § 60 Nr.3 StPO unvereidigt bleiben muß.

D. Frage- und Antragsrecht der Prozeßbeteiligten bei der Vorstrafenerörterung

Zum Fragerecht der Prozeßbeteiligten bei der Erörterung der Vorstrafen eines Zeugen hat Peters auf dem 42. Deutschen Juristentag den begrüßenswerten Vorschlag gemacht[1], daß in der Hauptverhandlung nur der Vorsitzende des Gerichts Fragen nach Vorstrafen an den Zeugen soll stellen dürfen und daß die übrigen Prozeßbeteiligten nur die Stellung einer solchen Frage sollen anregen können. Dadurch würde der Schutz des Zeugen sicher vermehrt, weil nämlich die Frage der ihr oft anhaftenden Gefühlsbetontheit und Überlegenheit - wenn Staatsanwalt oder Verteidiger sie an den Zeugen richten - entzogen wird. Es würde überhaupt damit in der Regel garantiert, daß die Frage in geeigneter Form gestellt wird und daß nicht etwa im Falle der Tilgung beim Zeugen der Eindruck entstehen kann, er müsse auch getilgte Vorstrafen angeben[2].

Nach dem derzeitigen Recht jedoch steht den übrigen Prozeßbeteiligten gemäß § 240 StPO das Recht zu, unmittelbar Fragen an den Zeugen zu richten. Der Vorsitzende hat nur über § 241 Abs.2 StPO die Möglichkeit, ungeeignete oder nicht zur Sache gehörende Fragen der Prozeßbeteiligten - mit Ausnahme der beisitzenden Richter - zurückzuweisen[3].

Über den Begriff "ungeeignet" und auch seine Abgrenzung zu dem des "nicht zur Sache gehörend" herrscht keine einhellige Meinung: teils wird gar kein Unterschied gemacht[4], teils wird der

---

1) Rehabilitierung Straffälliger, S. 29 (These 15, Satz 1)

2) vgl. Peters: Rehabilitierung Straffälliger, S. 24

3) vgl. RG, Urt.v.5.2.1906, in GA 53 (1906), 171

4) RG, Urt.v.14.6.1909, in GA 56 (1909), 324
Gerland: Strafprozeß, § 98 I 2 b (S. 353)
Eb. Schmidt: II, § 241 Erl. 7
An Einzelfällen belegt aber Geier (in LR, § 241 Anm. 3 b),

(Fortsetzung der Fußnote auf S. 122)

Begriff "ungeeignet" als der umfassendere verstanden[1], teils werden die Begriffe "ungeeignet" und "nicht zur Sache gehörend" unter dem Oberbegriff "unzulässig" zusammengefaßt[2]. Kleinknecht[3] definiert dabei als ungeeignet "solche Fragen, die aus tatsächlichen Gründen nicht zur Erforschung der Wahrheit beitragen können oder aus rechtlichen Gründen zu diesem Zweck nicht gestellt werden dürfen"[4]. Unter nicht zur Sache gehörenden Fragen versteht man dagegen überwiegend solche Fragen, die sich weder unmittelbar noch mittelbar auf den Gegenstand der Untersuchung beziehen[5]. Diese Definitionen sind jedoch nicht allgemein anerkannt; es wird teilweise verlangt, daß darüberhinaus vielfach noch auf die Eigenart des einzelnen Falles abzustellen ist[6]. Fragen, die gemäß § 68a StPO nicht gestellt werden dürfen, sind ungeeignet[7].

---

daß auch eine Frage, die an sich zur Sache gehören mag, als ungeeignet angesehen werden kann, z.B. wenn der Fragende die Wiederholung der Auskunft begehrt, die der Zeuge schon klar und erschöpfend gegeben hat; vgl. RG, Urt.v.1.7.1910, in RGSt 44, 38 (41); Schretzmeier, S. 50.

1) Schretzmeier, S. 50

2) Kleinknecht in KMR, § 241 Anm. 2 a)
Geier in LR, § 241 Anm. 3 a) Erbs, § 241 Anm. V
Dabei bleibt teilweise unklar, ob außer ungeeigneten und nicht zur Sache gehörenden noch weitere Fragen unzulässig sein können (so anscheinend Schorn: Der Strafrichter, S. 198; Peters: Strafprozeß, § 29 V 5 b), S. 183; Erbs, § 241 Anm. III).

3) in KMR, § 241 Anm. 2 a)

4) ihm folgend: Eb. Schmidt: II, § 241 Erl. 7 sowie Schorn: Der Strafrichter, S. 198

5) RG, Urt.v.30.3.1922, in JW 1923, 236 (237)
RG, Urt.v.8.1.1931, in JW 1931, 1606
BGH, Urt.v.22.4.1952, in BGHSt 2, 284
Geier in LR, § 241 Anm. 3 a)
Schwarz-Kleinknecht, § 241 Anm. 3
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 241 Anm. 3
Schorn: Der Strafrichter, S. 198
vgl. auch Kleinknecht in KMR, § 241 Anm. 2 a)
Erbs, § 241 Anm. V C

6) Geier in LR, § 241 Anm. 3 a); vgl. auch Feisenberger (§ 241 Anm. 2), nach dessen Meinung allgemeingültige Regeln, wann eine Frage ungeeignet ist, sich nicht aufstellen lassen.

7) vgl. OLG Celle, Urt.v.29.11.1950, in NdsRpfl 1951, 18

Ob auch nicht in der rechten Form gestellte Fragen ungeeignet im Sinne des § 241 Abs.2 StPO sind, erscheint fraglich. Aber Fragen können auch wegen ihrer Form ungeeignet sein[1], z.B. Suggestivfragen[2]. Zudem enthält § 68a StPO den Grundsatz, daß der Zeuge vor unnötig entehrenden bzw. unehrenhaften Fragen geschützt werden soll. Als unehrenhaft oder ehrenrührig kann sich nun aber nicht nur der Inhalt, sondern gerade auch die Form bzw. Formulierung einer Frage darstellen[3]. Auch insoweit muß nach Sinn und Zweck des § 68a StPO der Zeuge geschützt sein; d.h. er darf nicht in unpassender, verletzender Form nach Vorstrafen gefragt werden, da dies immer unnötig ist. Fragen nach Vorstrafen, die in nicht gehöriger, verletzender oder kränkender Form an den Zeugen gerichtet werden, können also vom Vorsitzenden als ungeeignet gemäß § 241 Abs.2 StPO zurückgewiesen werden[4]. Wenn nun damit auch der Zeuge geschützt ist vor Fragen, die in der Form grob abfällig sind, so wäre doch der Schutz des Zeugen wesentlich besser und stärker gewährleistet, wenn entsprechend der Forderung von Peters[5] nur dem Vorsitzenden das Recht eingeräumt wird, den Zeugen nach Vorstrafen zu fragen.

Im übrigen richtet sich das Frage- und Antragsrecht zur Feststellung der Vorstrafen des Zeugen nach den allgemeinen Bestim-

---

1) RG, Urt.v.14.6.1909, in GA 56 (1909), 324
OLG Kiel v.4.2.1948 in SchlHA 1948, 113
Erbs, § 241 Anm. V B

2) Peters: Strafprozeß, § 29 V 5 b) (S. 183)
Eb. Schmidt: II, § 241 Erl. 8
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 241 Anm. 2
Geier in LR, § 241 Anm. 3 b) Erbs, § 241 Anm. V B 1)

3) vgl. OLG Kiel v.4.2.1948 in SchlHA 1948, 113
Erbs, § 241 Anm. V B 1)

4) BGH, Urt.v.29.9.1959, in BGHSt 13, 252
Peters: Strafprozeß, § 42 IV 2 (S. 278)
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 241 Anm. 2
Erbs, § 241 Anm. V B 1)
vgl. auch RG, Urt.v.14.6.1909, in GA 56 (1909), 324
OGH, Urt.v.2.5.1950, in OGHSt 3, 29 (30)
OLG Kiel v.4.2.1948 in SchlHA 1948, 113
OLG Celle, Urt.v.29.11.1950, in NdsRpfl 1951, 18

5) siehe oben S. 121 Fußnote 1

mungen. Es ist auch möglich, einen anderen Zeugen nach den Vorstrafen eines Zeugen zu fragen, wenn deren Feststellung zulässig ist[1]. Hat der Zeuge die Frage, ob er vorbestraft sei, verneint, so braucht das Gericht dem nicht näher begründeten Antrag, durch Einholung eines Strafregisterauszugs die Vorstrafen des Zeugen festzustellen, nicht stattzugeben, da dieser Antrag einen unzulässigen Beweisermittlungsantrag darstellt[2]. Desgleichen ist eine ins Blaue hinein gestellte Frage nach etwaigen Vorstrafen als ungeeignet zurückzuweisen[3].

Nach getilgten Vorstrafen darf ein Zeuge nicht gefragt werden, da er sich auf eine solche Frage als unbestraft bezeichnen dürfte (§ 4 Abs.4 S.2 StTilgG) und die Frage deshalb zur Wahrheitsermittlung völlig ungeeignet ist; sie würde nur den Zeugen verwirren und eventuell den rechtsunkundigen oder den ganz unter dem Eindruck des feierlichen Gerichtsverfahrens und des Eideszwanges stehenden Zeugen dazu bringen, seine getilgte Vorstrafe zu offenbaren und damit ungerechtfertigterweise den Schutz der eingetretenen Rehabilitation zu verlieren. Fragen nach getilgten Vorstrafen des Zeugen sind folglich ungeeignet und unzulässig[4]. Nur unter den Voraussetzungen des § 4 Abs.4 S.3 StTilgG kann der Zeuge nach getilgten Vorstrafen gefragt oder können diese festgestellt werden.

E. Abwehrrechte gegen die Vorstrafenfeststellung und bei der Vorstrafenerörterung

1. Abwehrrechte des Zeugen

Der Zeuge erscheint im Strafverfahren in erster Linie als Objekt[5] des Beweises; seine Rechtsstellung als Subjekt im Prozeß

---

1) RG, Urt.v.5.2.1906, in GA 53 (1906), 171 (172)

2) RG, Urt.v.6.2.1931, in JW 1931, 2822 Nr. 43
Alsberg in JW 1931, 2822
Wird dagegen beantragt, über eine bestimmte Vorstrafe des Zeugen, deren Feststellung zulässig ist und erheblich sein kann, durch Einholung eines Strafregisterauszuges Beweis zu erheben, so ist ein solcher Antrag zulässig.

3) Schretzmeier, S. 51; vgl. auch RG v.8.1.1931 in JW 1931, 1606

4) siehe oben S. 91 die in Fußnote 4 Zitierten

5) Gerland: Strafprozeß, § 15 (S. 39)

scheint weniger ausgeprägt, wie auch seine Pflichten, z.B. zum Erscheinen (§§ 48, 51 StPO), zur Aussage (§ 70 StPO), sogleich ins Auge fallen und gegenüber eventuellen Rechten beträchtlich zu überwiegen scheinen[1]. Aber der Zeuge hat in der Hauptverhandlung auch eigene Rechte, z.B. auf Gehör[2] und auf angemessene Behandlung[3], und zwar Rechte nicht nur passiver Art, wie z.B. das Eidesverweigerungsrecht (§ 63 StPO), sondern auch - was meist kaum gesehen wird und den wenigsten Zeugen bewußt sein dürfte - aktive Rechte, z.B. das der Beanstandung (§ 238 Abs.2 StPO), die im folgenden noch näher mituntersucht werden sollen.

a) Aussageverweigerungsrecht

Ein Zeuge ist nur berechtigt, unter den besonderen Voraussetzungen des § 52 StPO das Zeugnis ganz oder teilweise[4] oder gemäß §§ 53 - 55 StPO die Auskunft auf bestimmte einzelne Fragen zu verweigern. Im Gegensatz zu § 384 ZPO begründet die Gefahr der Unehre kein Auskunftsverweigerungsrecht und führt nicht zur Anwendung des § 55 StPO[5]. Zwar ist der Sonderfall denkbar, daß ein Zeuge, auf den der Verdacht einer strafbaren Handlung gefallen ist, durch die Offenbarung nichtbekannter, womöglich einschlägiger Vorstrafen sich der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung aussetzt, aber im allgemeinen kann der Zeuge auf die Frage nach einer Vorstrafe - abgesehen von den Fällen der §§ 52 - 54 StPO, § 4 Abs.4 S.1 StTilgG - nicht die Auskunft verweigern.

---

1) vgl. z.B. Kern: Strafverfahrensrecht, § 26 B (S. 96-98) und § 26 D (S. 102); Stock, § 42 IV (S. 96); noch deutlicher Gerland (Strafprozeß, §§ 64-67, S. 196-212), der nur die Pflichten erörtert.

2) Peters: Strafprozeß, § 42 IV 1 (S. 277)

3) Peters: Strafprozeß, § 42 IV 2 (S. 277)
Kern: Strafverfahrensrecht, § 26 D (S. 102)

4) RG, Urt.v.16.5.1914, in RGSt 48, 269 (272)
RG v.13.12.1934 in HRR 1935 Nr. 706
Kohlhaas in LR, Anm. II 1 a) vor § 52
Kleinknecht in KMR, § 52 Anm. 2 b) Erbs, § 52 Anm. II

5) Eb. Schmidt: II, § 55 Erl. 3 Kohlhaas in LR, § 55 Anm.2 a)
Kleinknecht in KMR, § 55 Anm. 1 d)

b) Beanstandung einer Anordnung des Vorsitzenden (§ 238 Abs.2 StPO)

Gemäß § 238 Abs.2 StPO können Sachleitungsmaßnahmen des Vorsitzenden von den "bei der Verhandlung beteiligten Personen" als unzulässig beanstandet werden. Ob der Zeuge zu diesem Personenkreis gerechnet werden kann, ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Werden die im Sinne des § 238 Abs.2 StPO beteiligten Personen aufgeführt, so wird der Zeuge in der Regel nicht erwähnt[1]. Kleinknecht[2] und Henkel[3] rechnen den Zeugen nicht zu den Prozeß- bzw. Verfahrensbeteiligten[4]. Schäfer[5] zählt ebenfalls den Zeugen grundsätzlich nicht zu den Prozeßbeteiligten im engeren Sinne, sondern nur, wenn in einem etwaigen Nebenstreit über Ungehorsamsfolgen oder das Zeugnisverweigerungsrecht usw. (§§ 51, 70 StPO) entschieden wird[6]. Peters[7] dagegen bezeichnet den Zeugen als sonstigen Prozeßbeteiligten, und Eb. Schmidt[8] schließlich zählt den Zeugen zum Kreis der Prozeßbeteiligten schlechthin und infolgedessen auch zu den bei der Verhandlung beteiligten Personen des § 238 Abs.2 StPO[9].
Letzterer Ansicht ist zuzustimmen. Es erscheint wenig einleuchtend, daß ein Zeuge, der vor Gericht erscheint und dort in der Verhandlung Rede und Antwort steht und womöglich zur Hauptfigur des ganzen Prozesses wird, nicht bei der Verhandlung beteiligt

---

1) BGH, Urt.v.29.3.1955, in BGHSt 7, 281 (282)
Kleinknecht in KMR, § 238 Anm. 4 a)
Schwarz-Kleinknecht, § 238 Anm. 6; Einl. 3 A d
anders jetzt Geier in LR, § 238 Anm. 7

2) in KMR, Einl. 10 a

3) Strafverfahrensrecht, § 29 II (S. 142)

4) vgl. auch Kern: Strafverfahrensrecht, § 17 (S. 63)

5) in LR, Einl. Kap. 8 (S. 62)

6) ähnlich Schwarz-Kleinknecht (Einl. 3 A b), die im letzteren Falle von Nebenbeteiligten sprechen.

7) Strafprozeß, § 16 IV (S. 82 u.) und Tabelle 1 (S. 83)

8) Teil I, Nr. 66

9) Eb. Schmidt: II, § 238 Erl. 25 (Wie wäre sonst der Satz zu verstehen: "Auch kann kein Zeuge ... andere als die an ihn selbst gerichteten Fragen beanstanden."?); jetzt auch Geier in LR, § 238 Anm. 7 (anders noch in der Vorauflage)

sein soll[1]. Es mutet erst recht eigenartig an, wenn der Zeuge dadurch, daß er nicht vor Gericht erscheint oder dort grundlos nicht aussagt oder nicht den Eid leisten will, zum Beteiligten des Strafverfahrens werden soll. Warum sollte der Zeuge, der durch eine unzulässige Sachleitungs-Anordnung des Vorsitzenden höchst persönlich betroffen ist, kein eigenes Beanstandungsrecht haben und insoweit unter Umständen sogar auf die Achtsamkeit und Fähigkeit des meist rechtsunkundigen Angeklagten angewiesen sein? Zudem kann es so sein, daß überhaupt nur der Zeuge die Unzulässigkeit der Maßnahme erkennen kann, so wenn durch Verlesung eines Strafurteils eine Vorstrafe des Zeugen festgestellt werden soll, die nach Einholung des Strafregisterauszuges vorzeitig getilgt worden ist. Die Gefahr, daß der Zeuge das Beanstandungsrecht zu quertreiberischen Störversuchen ausnützt, besteht wohl nicht, da gemäß § 238 Abs.2 StPO eine Anordnung nur als unzulässig[2], nicht als unzweckmäßig oder unangemessen beanstandet werden kann. Der Zeuge wird damit auch nicht zum Prozeßsubjekt[3]; er ist nur teilweise und nur in begrenztem Umfange an der Verhandlung beteiligt, und zwar zeitlich nur während seiner Vernehmung und gegenständlich nur bezüglich der Anordnungen, die ihn persönlich betreffen[4].

Ein weiteres Argument für diese Meinung findet sich in §§ 177, 178 GVG, in denen der Gesetzgeber die Parteien, Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen eindeutig den bei der Verhandlung nicht beteiligten Personen gegenübergestellt hat.

Erläßt also der Vorsitzende dem Zeugen gegenüber eine auf die Sachleitung bezügliche, unzulässig erscheinende Anordnung, z.B. wenn er dem Zeugen aus beigezogenen Strafakten oder aus einem

---

1) vgl. aber Henkel, § 29 II (S. 142)

2) RG, Urt.v.20.9.1910, in RGSt 44, 65 (66)
Feisenberger, § 238 Anm. 5 Geier in LR, § 238 Anm. 9
Eb. Schmidt: II, § 238 Erl. 24, mit weiteren Hinweisen

3) Er wird nicht Träger der prozessualen Hauptrollen (vgl. Eb. Schmidt: I, Nr. 67); ihn trifft keine selbständige Aufgabe für die Weiterführung des Prozeßganges (vgl. Peters: Strafprozeß, § 16 IV, S. 82).

4) vgl. Eb. Schmidt: II, § 238 Erl. 25
Geier in LR, § 238 Anm. 7

älteren Strafregisterauszug Vorhaltungen bezüglich einer inzwischen getilgten Vorstrafe machen will oder wenn er die Vorstrafenfeststellung ohne gesetzlichen Grund anordnet, so kann auch der Zeuge diese Anordnungen des Vorsitzenden als unzulässig beanstanden und eine Entscheidung des Gerichts darüber herbeiführen (§ 238 Abs.2 StPO).

c) Beanstandung einer Frage als unzulässig (§ 242 StPO)

Wird an den Zeugen eine unzulässige Frage[1] gerichtet, gleich ob vom Vorsitzenden oder einem anderen Prozeßbeteiligten[2] - die Frage eines Mitzeugen z.B. ist a priori unzulässig[3] -, so hat der Zeuge als Befragter[4] und als bei der Verhandlung Beteiligter[5] das Recht, die Frage als unzulässig zu beanstanden und damit eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen[6].

d) "Schweigerecht"

Ist der Zeuge mit Anordnungen oder Fragen, die an ihn gerichtet sind, nicht einverstanden, so hat er immer auch die Möglichkeit (genau gesehen nicht das Recht), dadurch eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen, daß er einfach schweigt und nicht aussagt. Das Gericht muß dann darüber befinden, ob der Zeuge grundlos, d.h. ohne gesetzlichen Grund, oder aber berechtigterweise, z.B. im Falle der Unzulässigkeit der Maßnahmen, das Zeugnis verweigert. Von dieser Möglichkeit, eine Entscheidung des Gerichts zu erzwingen, wird der Zeuge jedoch nur im äußersten Falle Gebrauch machen, da das Gericht, wenn es die Maßnahmen oder

---

1) vgl. oben S. 91

2) Kleinknecht in KMR, § 242 Anm. 3 Erbs, § 242 Anm. II

3) Eb. Schmidt: II, § 242 Erl. 1, § 240 Erl. 4 u. 7

4) Geier in LR, § 242 Anm. 1 Erbs, § 242 Anm. III
Für die Beanstandungsbefugnis gilt insofern das gleiche wie das im vorigen Abschnitt zu § 238 Abs.2 StPO Ausgeführte.

5) soweit man § 242 nicht als Sondernorm gegenüber § 238 Abs.2 StPO ansieht (s. oben S. 91, Fußnote 3)

6) Eb. Schmidt: II, § 238 Erl. 25
Erbs, § 242 Anm. III, § 238 Anm. V A

Fragen für zulässig erachtet und damit die Aussageverweigerung als grundlos ansieht, den Zeugen - im Gegensatz zu den Fällen der §§ 238 Abs.2, 242 StPO - mit einer Ordnungsstrafe belegen muß[1], die nicht dadurch hinfällig werden kann, daß der Zeuge jetzt sofort aussagt, und deren Aufhebung der Zeuge nicht durch eine nachträgliche Entschuldigung erreichen kann[2].

e) Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit

Soll auf Antrag des Zeugen bei seiner Vorstrafenerörterung die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, so muß einmal ein Grund vorliegen, der den Ausschluß der Öffentlichkeit rechtfertigt, zum anderen der Zeuge rechtlich imstande sein, einen dementsprechenden Antrag zu stellen.
Auf Bestimmungen des GVG (§§ 169ff.) kann der Ausschluß der Öffentlichkeit direkt nicht gestützt werden, da das GVG keine passende Vorschrift aufweist[3].
Ob Art.6 Abs.1 MRK, der unmittelbar geltendes deutsches innerstaatliches Recht enthält[4], herangezogen werden kann, erscheint deswegen fraglich, weil die Meinung vertreten wird, ein Zeuge könne sich auf Art.6 Abs.1 MRK nicht berufen, da diese Vorschrift nach Wortlaut und Sinn nur die Parteien schütze[5]. Diese Meinung überzeugt aber schon deswegen nicht völlig, weil in Art.6 Abs.1 MRK z.B. auch das Interesse der Allgemeinheit berücksichtigt und geschützt wird (Ausschluß der Öffentlichkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder nationalen Sicherheit). Würde man Guradzes Meinung[5] folgen, so befände sich § 172 a.E. GVG (Ausschluß wegen Gefährdung eines wichtigen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses) nicht im Einklang mit Art.6 Abs.1 MRK; denn sicher soll auch das Geschäftsgeheimnis eines

---

1) Kohlhaas in LR, § 70 Anm. 4 b)
Schwarz-Kleinknecht, § 70 Anm. 6

2) Kleinknecht in KMR, § 70 Anm. 4
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 70 Anm. 2

3) Schorn: Der Strafrichter, S. 253

4) siehe oben S. 97, Fußnote 3

5) Guradze: Menschenrechte, S. 197

Zeugen von § 172 GVG erfaßt werden[1]. Gerade in diesem Zusammenhang hat der Bundestag sich dahin ausgesprochen, Art.6 Abs.1 MRK dürfe nicht zu eng ausgelegt werden und die Generalklausel des Art.6 Abs.1 S.2, 6.Alt. MRK decke auch das Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis des § 172 GVG[2].

Art.6 Abs.1 S.2, 5.Alt. MRK (Schutz des Privatlebens der Prozeßparteien) scheidet als Ausschließungsgrund allerdings aus, da der Zeuge nicht wie der Angeklagte "Prozeßpartei" ist.

Es bleibt aber zu prüfen, ob die Generalklausel des Art.6 Abs.1 MRK den Ausschluß rechtfertigen kann, ob nämlich die Interessen der Gerechtigkeit möglicherweise beeinträchtigt werden, wenn bei der Erörterung der Vorstrafen des Zeugen die Öffentlichkeit nicht ausgeschlossen wird. Der Zeuge, der meist ohne es zu wollen und ohne eigenes Zutun in ein Strafverfahren hineingerät, hat noch mehr als der Angeklagte ein berechtigtes Interesse daran, daß seine Vorstrafen, wenn sie schon erörtert werden müssen, nicht in öffentlicher Sitzung vor aller Ohren "urbi et orbi" preisgegeben werden[3]. Die Gerechtigkeit verlangt deshalb, daß der Zeuge insofern in einem Strafverfahren nicht schlechter gestellt sein darf als der Angeklagte; rechtfertigen also persönliche Interessen des Angeklagten den Ausschluß der Öffentlichkeit, so müssen gleichartige Interessen des Zeugen dies ebenso - wenn nicht sogar erst recht - vermögen. Die Gerechtigkeit verlangt ferner, daß die Rehabilitation des Zeugen sich ungestört vollziehe - gerade der Rehabilitationsgedanke ist letztlich ein Ausfluß des Gerechtigkeitsprinzips - und daß der Zeuge vor unnötiger Bekanntgabe seiner Vorstrafen in der Öffentlichkeit geschützt werde, ein Schutz, der ihm auch durch Art.8 MRK als Anspruch auf Achtung seiner Privatsphäre gesetzlich zugesichert ist[4] und der nicht durch die Ausnahmegründe des

---

1) Eb. Schmidt: III, § 174 GVG Erl. 3

2) Verhandlungen des Deutschen Bundestages I, Sten.Ber. S. 9538 D
vgl. auch Jescheck in NJW 1954, 784, sowie Paunović, S. 8

3) Stranz in DJZ 1905, 1100

4) Bellavić, aaO., S. 75

Art.8 Abs.2 MRK durchbrochen ist, weil die Erörterung der Vorstrafen in öffentlicher Verhandlung nicht zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zum Schutze der Rechte anderer notwendig ist. Dem Interesse der Gerechtigkeit entspricht es also, wenn bei der Erörterung der Vorstrafen des Zeugen die Öffentlichkeit grundsätzlich immer ausgeschlossen werden kann. Da aber die Generalklausel des Art.6 Abs.1 S.2 MRK nur "unter besonderen Umständen" eingreifen soll, kann die Öffentlichkeit nur unter besonderen Umständen ausgeschlossen werden; solche besonderen Umstände sind immer der Eintritt der Tilgungsreife, in der Regel auch die Anordnung der beschränkten Auskunft.
Der Ausschluß der Öffentlichkeit in diesem Umfang kann ferner auch aus § 172 GVG in Verbindung mit Art.1 Abs.1, 2 Abs.1 GG, Art.8 MRK unter Zuhilfenahme des Schlusses "a minore ad maius" hergeleitet werden: wenn schon ein Geschäftsgeheimnis den Ausschluß der Öffentlichkeit rechtfertigt, dann erst recht die in Art.1 Abs.1, 2 Abs.1 GG und Art.8 MRK geschützte Privatsphäre des Zeugen[1].
Ein eigenes Antragsrecht des Zeugen, eine Entscheidung des Gerichts über den Ausschluß der Öffentlichkeit herbeizuführen, wird von Schäfer[2] und von Müller[3] offenbar abgelehnt. Schäfer und Müller können dem Zeugen auch konsequenterweise schon deshalb kein Antragsrecht zubilligen, weil sie offensichtlich in dem Zeugen nicht einen Prozeßbeteiligten sehen[4]; dem kann - wie bereits dargelegt[5] - nicht gefolgt werden; denn es würde auch dazu führen, daß der Zeuge, der z.B. als einziger das Geschäftsgeheimnis kennt und dessen Gefährdung bemerkt, eine Verhandlung über den Ausschluß der Öffentlichkeit nicht herbeizuführen vermöchte oder im Falle einer erfolgreichen Anregung nicht die Nichtöffentlichkeit der Verhandlung über die Ausschließung gemäß

---

1) vgl. auch Maunz-Dürig, Art.1 Anm. 37, 38

2) in LR II, § 174 GVG Anm.1

3) in KMR, § 174 GVG Anm.1 a)

4) Schäfer in LR, Einl. Kap. 8 (S. 62)
Kleinknecht in KMR, Einl. 10 a)

5) siehe oben S. 126f.

§ 174 Abs.1 S.1 GVG beantragen könnte, obwohl er vielleicht nur in nichtöffentlicher Sitzung über seine Gründe für den Ausschluß sich unbeschränkt zu äußern in der Lage wäre[1], und es würde weiterhin bei einer etwaigen nichtöffentlichen Sitzung seltsamerweise dann so sein, daß der Zeuge nicht beteiligt wäre, selbst wenn es allein um seine Interessen ginge. Mit Eb. Schmidt[2] ist deshalb dem Zeugen ein eigenes Antragsrecht zuzubilligen[3]. Das bedeutet, daß der Zeuge bei der Erörterung seiner Vorstrafen den Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit gemäß Art.6 Abs.1 S.2, 6.Alt. MRK bzw. § 172 GVG, Art.1 Abs.1, 2 Abs.1 GG, Art.8 MRK stellen kann; diesem Antrag hat das Gericht bei Vorliegen besonderer Umstände zu entsprechen, insbesondere wenn die Vorstrafe getilgt ist, im allgemeinen auch, wenn sie der beschränkten Auskunft unterliegt oder wenn besondere Nachteile durch die Erörterung in öffentlicher Verhandlung für den Zeugen zu erwarten sind.

f) Rechtsmittel

Als Rechtsmittel kann für den Zeugen nur die Beschwerde in Betracht kommen. Die Beschwerde ist grundsätzlich zulässig gegen alle von den Gerichten im ersten Rechtszug - abgesehen vom OLG und BGH (§ 304 Abs.4 StPO) - oder im Berufungsverfahren erlassenen Beschlüsse und gegen die Verfügungen des Vorsitzenden, soweit die Anfechtung gesetzlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist (§ 304 Abs.1 StPO). Wenn es sich auch bei den Beschlüssen, die bei der Vorstrafenerörterung des Zeugen ergehen (z.B. §§ 238 Abs.2, 242 StPO), um Entscheidungen des erkennenden Gerichts handelt, die der Urteilsfällung vorausgehen und die deshalb im allgemeinen der Beschwerde nicht unterliegen (§ 305 S.1 StPO)[4], so ist die Beschwerde eines Zeugen hiergegen doch zu-

---

1) vgl. Eb. Schmidt: III, § 174 GVG Erl. 8

2) Teil III, § 174 GVG Erl. 3

3) Wittkämper in BB 1963, 1162

4) § 305 StPO gilt nach h.M. auch für die Entscheidungen des Vorsitzenden (RG, Urt.v.9.11.1909, in RGSt 43, 179; Jagusch in LR, § 305 Anm.2; Eb. Schmidt: II, § 305 Erl.4; Müller in KMR, § 305 Anm.2; Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 305 Anm.1).

lässig, weil er durch die angefochtene Entscheidung als Dritter betroffen wird (§§ 304 Abs.2, 305 S.2 StPO); denn durch die Verfügungen und Beschlüsse, die die Feststellung und Erörterung seiner Vorstrafen zum Ziele haben, wird seine Person- und Privatsphäre zum Gegenstand der Verhandlung gemacht.
Mit der Beschwerde kann der Zeuge nicht nur die Zulässigkeit, sondern auch die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit der richterlichen Entscheidung angreifen[1]. Die Beschwerde kann bei dem Gericht, von dem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen worden ist, schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden (§ 306 Abs.1 S.1 StPO). Eine in der Hauptverhandlung zum Sitzungsprotokoll eingelegte Beschwerde wird einer zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegten Beschwerde gleichgeachtet[2]. Das Gericht oder der Vorsitzende hat die Beschwerde inhaltlich zu überprüfen[3]; wird sie für begründet erachtet, so ist ihr abzuhelfen; anderenfalls ist sie dem Beschwerdegericht vorzulegen (§ 306 Abs.2 StPO); die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung kann ausgesetzt werden (§ 307 Abs.2 StPO).
Ob allerdings dem Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung die Möglichkeit gegeben wird, die Beschwerde zum Sitzungsprotokoll einlegen zu können, soll nach Meinung von Eb. Schmidt[4] und von

---

1) Jagusch in LR, Vorbem. 2 vor § 304 Erbs, § 304 Anm. III
Feisenberger, Vorbem. 3 vor § 304
von Hippel, § 84 I (S. 604) mit weiteren Zitaten;
Müller in KMR, § 304 Anm. 3, sowie Schwarz-Kleinknecht, § 304 Anm. 2 unter Berufung auf den Beschluß des OLG Hamm v.28.12. 1949 (in MDR 1950, 373), der jedoch nur § 81 StPO betrifft; auf den Einzelfall abstellen will Eb. Schmidt: II, § 304 Erl. 10.

2) OLG Bremen, Beschl.v.21.5.1953, in JZ 1953, 51
Eb. Schmidt: II, § 306 Erl. 3
Kleinknecht in KMR, § 306 Anm. 1 a)
Schwarz-Kleinknecht, Einl. 5 E d)
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 306 Anm. 1
vgl. auch OLG Celle, Beschl.v.15.11.1948, in HESt 2, 79

3) Gerland:Strafprozeß, § 105 II 2 a) (S. 401)
Eb. Schmidt: II, § 306 Erl. 7
Müller in KMR, § 306 Anm. 2 a)

4) Teil II, § 306 Erl. 3

Müller[1] dem Ermessen des Vorsitzenden überlassen sein, weil die Erklärung über die Beschwerde nicht zu den wesentlichen Förmlichkeiten im Sinne der §§ 273, 274 StPO gehöre.
Daß ein vor Gericht eingelegtes Rechtsmittel der Berufung oder der Revision nicht zu den wesentlichen Förmlichkeiten des § 273 StPO gehört und nicht von der Beweiskraft des Protokolls (§ 274 StPO) erfaßt werden kann, entspricht einhelliger Meinung[2], weil die Beweiskraft des Protokolls sich nur auf die Vorgänge innerhalb der Hauptverhandlung erstreckt[3], Berufung oder Revision aber naturgemäß erst nach der Urteilsverkündung und damit nach Abschluß der Hauptverhandlung[4] eingelegt werden können.
Das Rechtsmittel der Beschwerde kann aber innerhalb der Hauptverhandlung eingelegt werden[5]. Die Erklärung, Beschwerde einzulegen, gehört auch deshalb zur Hauptverhandlung, weil sie sich auf den Gang des Verfahrens auswirkt; das Gericht oder Vorsitzende werden nämlich durch die Einlegung der Beschwerde verpflichtet, das Beschwerdevorbringen umfassend zu würdigen[6] und gegebenenfalls ihre angefochtene Entscheidung zu überprüfen und sie abzuändern[7]. Es ist ferner zu beachten, daß dann, wenn sich die Beschwerde gegen eine Verfügung des Vorsitzenden richtet und die Voraussetzungen einer gesetzlich vorgesehenen Beanstandungsmöglichkeit vorliegen (z.B. § 238 Abs.2 StPO), das Gericht

---

1) in KMR, § 306 Anm. 1 a)

2) Eb. Schmidt: II, § 274 Erl. 9 Geier in LR, § 274 Anm. 2
Kleinknecht in KMR, § 274 Anm. 1c)
Schwarz-Kleinknecht, § 274 Anm. 2
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 274 Anm. 1
vgl. auch BGH, Urt.v.12.2.1963, in NJW 1963, 963

3) RG, Beschl.v.12.4.1907, in RGSt 40, 133 (134)
OLG Hamburg, Urt.v.27.4.1955, in NJW 1955, 1201
Feisenberger, § 274 Anm. 2

4) RG, Urt.v.12.4.1927, in DRiZ 1927 Nr. 428
RG, Urt.v.18.11.1932, in RGSt 66, 417 (418)
Eb. Schmidt: II, § 274 Erl. 9
Kleinknecht in KMR, § 274 Anm. 1 c)

5) vgl. OLG Celle, Beschl.v.15.11.1948, in HESt 2, 79

6) BayObLG, Beschl.v.16.5.1903, in OLGE.StrProz. II Nr. 122
Eb. Schmidt: II, § 306 Erl. 7

7) vgl. oben S. 133

zu entscheiden hat, wenn der Vorsitzende nicht abhelfen will, da eine solche Beschwerde wohl immer auch als Beanstandung angesehen werden muß[1]; Beanstandungen müssen aber zu Protokoll genommen werden[2]. Schließlich ist zu bedenken, daß durch den Fortgang der Verhandlung die Beschwerde gegenstandslos werden kann. Eine Beschwerde ist nämlich dann nicht mehr zulässig, wenn sie prozessual überholt ist[3], wenn sie keinen Einfluß auf den Gang des Verfahrens mehr ausüben kann[4] und damit gegenstandslos ist; ist z.B. die Beanstandung einer Frage vom Gericht zurückgewiesen, darauf die Frage an den Zeugen gestellt und von diesem beantwortet oder ist trotz entgegengesetztem Antrag in öffentlicher Verhandlung die Vorstrafe ermittelt worden, so kann durch die Beschwerde dies nicht mehr rückgängig gemacht werden, so daß sie deswegen als gegenstandslos erscheint.

Im Rahmen des § 181 GVG wird zwar überwiegend[5] die Beschwerde auch dann noch für zulässig erachtet, wenn die Ungebührstrafe schon vollstreckt worden war, insbesondere weil im Falle der Aufhebung des Strafbeschlusses die gezahlte Geldstrafe zurückgefordert werden könne[6] und weil der Bestrafte ein Anrecht darauf habe, festgestellt zu wissen, ob die Bestrafung berechtigt war[7], da diese Feststellung für Schadensersatzansprüche

---

1) Für § 238 Abs.2 StPO z.B. ist die Benutzung des Wortes "beanstanden" nicht erforderlich; die Erklärung ist sinngemäß auszulegen (Eb. Schmidt: II, § 238 Erl. 24; Kleinknecht in KMR, § 238 Anm. 4 b).

2) BGH, Urt.v.23.9.1952, in BGHSt 3, 199 (202)
Eb. Schmidt: II, § 273 Erl. 11

3) Jagusch in LR, § 304 Anm. 2 h) Erbs, § 304 Anm. III
Schwarz-Kleinknecht, § 304 Anm. 3
Feisenberger, § 304 Anm. 4 f)

4) Müller in KMR, § 304 Anm. 1 d)

5) OLG Hamm, Beschl.v.30.12.1924, in OLGE.StrProz. I Nr. 47
BayObLG, Beschl.v.3.1.1935, in HRR 1935 Nr. 823
Schäfer in LR II, § 181 GVG Anm. 2
Müller in KMR, § 181 GVG Anm. 3
a.A. Feisenberger, § 181 GVG Anm. 3

6) OLG Hamm, Beschl.v.30.12.1924, in OLGE.StrProz. I Nr. 47

7) Müller in KMR, § 181 GVG Anm. 3
vgl. auch OLG Königsberg, Beschl.v.14.11.1927, in HRR 1928 Nr. 393

des Betroffenen gegen den Staat von erheblicher Bedeutung sein könne[1]. Der Gesichtspunkt der Rückerstattung ist jedoch unpassend, da eine durchgeführte Vorstrafenerörterung nicht rückgängig gemacht werden kann; und eine Überprüfung kann sich auf einen eventuellen Schadensersatzprozeß des Zeugen wegen Verletzung der Verfahrensvorschriften bei der Erörterung seiner Vorstrafen nicht auswirken, weil das Zivilgericht nicht an die Beurteilung des über die Beschwerde zu befindenden Strafgerichts gebunden ist[2]. Ist also die im Rahmen der Vorstrafenerörterung mit der Beschwerde angegriffene Verfügung oder der angefochtene Beschluß zur Ausführung gelangt, so ist die Beschwerde gegenstandslos geworden und damit nicht mehr zulässig.
Deswegen erscheint es wenig einleuchtend, daß es dem Ermessen des Vorsitzenden überlassen bleiben soll, ob der Betroffene zum Sitzungsprotokoll Beschwerde einlegen kann, ob er also von seinem an sich zulässigen Rechtsmittel Gebrauch machen darf.
Der Vorsitzende hat vielmehr, wenn ein Zeuge gegen eine seiner Verfügungen oder gegen einen Gerichtsbeschluß Beschwerde einlegt, dies in das Sitzungsprotokoll aufnehmen zu lassen.
Wird der Beschwerde allerdings vom iudex a quo dann nicht abgeholfen und die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung nicht ausgesetzt oder wird die Beschwerde erst nachträglich nach der Durchführung der angefochtenen Entscheidung eingelegt, so ist sie gegenstandslos und vom Beschwerdegericht als unzulässig zu verwerfen.

2. Abwehrrechte der übrigen Prozeßbeteiligten

Auch die übrigen Prozeßbeteiligten, insbesondere der Angeklagte oder der Staatsanwalt, können bei der Erörterung der Vorstrafen des Zeugen innerhalb ihrer Prozeßhandlungsbefugnis[3] mit Beanstandungen (§§ 238 Abs.2, 242 StPO) oder Anträgen auf Ablehnung eines Beweisantrags oder auf Ausschluß der Öffentlichkeit[4]

---

1) Eb. Schmidt: III, § 181 GVG Erl. 4

2) vgl. Rosenberg, § 12 II 2 b) (S. 52)
Peters: Strafprozeß, § 3 III 2 (S. 20)

3) vgl. oben S. 78-82

4) vgl. oben S. 129-132

auf den Gang des Verfahrens abwehrend einwirken und damit eventuell die Vorstrafenerörterung verhindern oder zumindest einschränken. Als Rechtsmittel kommen gegebenenfalls nur Berufung oder Revision in Betracht, da unmittelbar betroffen im Sinne der §§ 304 Abs.2, 305 S.2 StPO lediglich der Zeuge selbst sein kann.

III. Der Sachverständige und seine Vorstrafen

A. Zulässigkeit der Vorstrafenerörterung

Auf Sachverständige finden die Vorschriften des sechsten Abschnittes der StPO über Zeugen entsprechende Anwendung, soweit nicht in den §§ 73 - 84 StPO eine abweichende Regelung getroffen ist (§ 72 StPO). Somit gilt auch § 68a StPO für die Vernehmung des Sachverständigen[1]. Vorstrafen eines Sachverständigen dürfen also nur ermittelt werden, wenn dies zur Feststellung eines Vereidigungsverbotes oder zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit notwendig ist.

Dabei taucht zunächst die Frage auf, ob eine nicht vereidigungsfähige Person überhaupt Sachverständiger sein kann. Diese Frage wurde bis zum Jahre 1933, als die StPO nur den obligatorischen Sachverständigeneid kannte (§ 79 a.F. StPO), in der Literatur überwiegend[2] verneint, weil jemand als Sachverständiger nicht vernommen werden könne, wenn er nicht vorher in der Form des § 79 a.F. StPO den Sachverständigeneid geleistet habe. Dagegen erklärte das Reichsgericht[3] schon damals, daß ohne Grund behauptet werde, nach der StPO sei im Hauptverfahren eine unbeeidigte Sachverständigenaussage nicht denkbar; § 79 a.F. StPO regele nur die Eidesform und den Zeitpunkt der Vereidigung.

---

1) Eb. Schmidt: II, § 72 Erl. 4
Sarstedt in LR, § 72 Anm. 1 q)
Kleinknecht in KMR, § 72 Anm. 1

2) Feisenberger, § 72 Anm. 4
Gerland: Strafprozeß, § 70 II 2 b) (S. 223)
a.A. Kohlrausch, § 79 Anm. 1

3) RG, Urt.v.22.10.1895, in RGSt 27, 398 (399, 400)

Seit Erlaß des sog. Vereinheitlichungsgesetzes[1] kennt die StPO - wie auch vorher schon nach Erlaß des Gesetzes zur Einschränkung der Eide im Strafverfahren vom 24. November 1933[2] - nicht mehr den streng obligatorischen Sachverständigeneid, da die Vereidigung grundsätzlich im Ermessen des Gerichts steht (§ 79 Abs.1 S.1 StPO); nur wenn die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte oder der Verteidiger es beantragen, muß der Sachverständige vereidigt werden (§ 79 Abs.1 S.2 StPO). Wegen dieser Vorschrift des § 79 Abs.1 S.2 StPO könnte man auch heute noch der Ansicht sein, daß nicht vereidigungsfähige Personen als Sachverständige nicht zugelassen werden dürften, da aus dieser Bestimmung ersichtlich sei, daß das Gesetz die Eidesfähigkeit des Sachverständigen voraussetze[3]. Überwiegend wird aber in der Literatur die Meinung vertreten[4], daß auch nicht vereidigungsfähige Personen Sachverständige sein können. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Aus der heutigen Gesetzesfassung des § 79 Abs.1 StPO ergibt sich, daß der Gesetzgeber Aussage und Gutachten auch eines unvereidigten Sachverständigen akzeptiert und gelten lassen will. § 79 Abs.1 S.2 StPO enthält gegenüber § 79 Abs.1 S.1 StPO nur eine Ausnahmeregelung und setzt deshalb voraus, daß das Gericht überhaupt nach seinem Ermessen den Sachverständigen vereidigen kann; ist dieser aber eidesunfähig bzw. darf er nicht vereidigt werden, so hat das Gericht gar kein derartiges Ermessen, und für einen Vereidigungsantrag bleibt keine Möglichkeit. Wohl das überzeugendste Argument liefert schließlich § 161 StGB selbst, da nach dieser Vorschrift dem Verurteilten die Fähigkeit abgesprochen werden muß, als "Sachverständiger e i d l i c h vernommen zu werden", nicht jedoch als Sachverständiger überhaupt. Kann eine nichtvereidigungsfähige Person somit als Sachverstän-

---

1) Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. September 1950 (BGBl 455), Art.3 N. 33

2) RGBl I 1008

3) Tillmann in LR(20), § 72 Anm. 5; im Ergebnis ebenfalls Sarstedt in LR, § 72 Anm. 1 i)

4) Eb. Schmidt: II, § 72 Erl. 3 — Schwarz, § 72 Anm. 1
Kleinknecht in KMR, § 72 Anm. 1 — Bremer, S. 142
Jessnitzer, S. 73

diger auftreten, so muß es zulässig sein, vor der beabsichtigten Vereidigung eines Sachverständigen solche Vorstrafen festzustellen oder zu erörtern, aus denen sich ein Vereidigungsverbot ergibt, sei es aus §§ 60 Nr.2, 72 StPO, weil dem Sachverständigen die Eidesfähigkeit aberkannt worden ist, sei es aus §§ 60 Nr.3, 72 StPO, weil etwa der Sachverständige wegen Teilnahme an der Tat oder der Begünstigung verurteilt worden ist[1]. Vorstrafen dürfen ferner erörtert werden, wenn ihre Feststellung notwendig ist zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit und Unparteilichkeit des Sachverständigen. Hier greifen die gleichen Erwägungen ein wie beim Zeugen[2]. Darüber hinaus Vorstrafen eines Sachverständigen festzustellen, ist unzulässig.

B. Rechte des Sachverständigen

Im Gegensatz zu der allgemeinen Zeugenpflicht gibt es nur eine beschränkte Pflicht, als Sachverständiger tätig zu werden[3]; denn nur unter den Voraussetzungen des § 75 StPO ist jemand als Sachverständiger zur Erstattung eines Gutachtens verpflichtet[4], kann aber auch dann aufgrund der §§ 52 - 55 StPO oder generalklauselartig auch "aus anderen Gründen" von dieser Verpflichtung entbunden werden (§ 76 Abs.1 StPO). Eine solche Entbindung "aus anderen Gründen" (§ 76 Abs.1 S.2 StPO) dürfte ein Sachverständiger dann erfolgreich beantragen können, wenn er befürchten muß, daß in der Hauptverhandlung persönliche Dinge wie auch Vorstrafen eventuell zur Sprache kommen und ihm dadurch dann Nachteile entstehen. Im übrigen hat der Sachverständige bei der Erörterung seiner Vorstrafen die gleichen Rechte wie ein Zeuge[5]; er kann insbesondere Sachleitungsmaßnahmen des Vorsitzenden und

---

1) vgl. dazu RG, Urt.v.22.10.1895, in RGSt 27, 398 (401)

2) siehe oben S. 110-113

3) Sarstedt in LR, § 75 Anm. 1
Kleinknecht in KMR, § 75 Anm. 1

4) Bremer, S. 147

5) siehe oben S. 126-136

Fragen beanstanden (§§ 238 Abs.2, 242 StPO) und kann den Ausschluß der Öffentlichkeit beantragen.

C. Ablehnung des Sachverständigen

Ein Sachverständiger kann aus den gleichen Gründen wie ein Richter abgelehnt werden (§ 74 Abs.1 StPO)[1], und zwar vom Staatsanwalt, einem Privatkläger oder dem Beschuldigten (§ 74 Abs.2 S.1 StPO). Vorstrafen eines Sachverständigen können zu seiner Ablehnung führen, wenn sie Anhaltspunkte für die Unglaubwürdigkeit oder Parteilichkeit des Sachverständigen zeigen, besonders wenn sich aus ihnen eine Anti- oder Sympathie gegenüber dem Beschuldigten ergibt, z.B. bei Verurteilungen einerseits aus §§ 185ff. StGB oder andererseits aus § 257 StGB jeweils für Straftaten, die den Beschuldigten betrafen. Muß der Ablehnende den Eindruck haben[2], daß der Sachverständige wegen solcher Vorstrafen nicht unbefangen und unparteilich sein Gutachten erstattet, so kann er deswegen beim Gericht ein Ablehnungsgesuch anbringen.

IV. Der Richter und seine Vorstrafen

A. Der Berufsrichter

Vorstrafen eines Berufsrichters können den Verlust seiner Richterstellung bewirken. War der Richter im Zeitpunkt der Ernennung derart vorbestraft, daß er nicht die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter hatte, so ist seine Ernennung nichtig (§ 18 Abs.2 Nr.3 DRiG). Ist der Richter vorbestraft wegen eines bei der Ernennung nichtbekannten Verbrechens oder Vergehens, das ihn der Berufung in das Richterverhältnis unwürdig erscheinen läßt, so ist die Ernennung zurückzunehmen (§ 19 Abs.1 Nr.4 DRiG). Wird ein Richter schließlich verurteilt zu Zuchthaus, Gefängnis von mindestens einem Jahr wegen vorsätzlich begangener Tat usf.

---

1) Der Ausschließungsgrund des § 22 Nr.5 StPO gilt jedoch nicht als Ablehnungsgrund (§ 74 Abs.1 S.2 StPO).

2) Der subjektive Standpunkt des Ablehnenden ist für die Entscheidung maßgeblich (Bremer, S. 144, 145).

(§ 24 Nr.1 - 6 DRiG), so endet das Richterverhältnis mit Rechtskraft dieses Urteils (§ 24 DRiG). Während die Nichtigkeit der Ernennung erst geltend gemacht werden kann, wenn sie gerichtlich rechtskräftig festgestellt worden ist, und die Zurücknahme der Ernennung erst, wenn sie durch gerichtliche Entscheidung mit Wirkung ex nunc[1] rechtskräftig zurückgenommen worden ist, kann im Falle des § 24 DRiG sich jeder sofort auf die Beendigung des Richterverhältnisses berufen. Infolge der Nichtigkeit bzw. der Beendigung des Richterverhältnisses war bzw. ist das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt[2], ein Mangel, der sich als absoluter Revisionsgrund darstellt (§ 338 Nr.1 StPO), der jedoch nach Ablauf der Revisionsfrist als geheilt angesehen werden muß[3]. Ferner können Vorstrafen eines Richters seine Ablehnung herbeiführen. Ist der Angeklagte durch die Straftat des Richters verletzt oder betroffen, so ist immer die Besorgnis der Befangenheit gegeben. Hat der Richter das gleiche Delikt begangen, das dem Angeklagten vorgeworfen wird, so kann Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters bestehen, wenn anzunehmen ist, daß der Richter deswegen die Tat besonders großzügig oder besonders streng beurteilen wird. Darüber hinaus sind etwaige Vorstrafen eines Richters unbeachtlich.

B. Der Laienrichter

Zum Amte eines Schöffen oder eines Geschworenen ist unfähig derjenige, der die Befähigung infolge strafgerichtlicher Verurteilung verloren hat oder wegen eines Verbrechens oder eines vorsätzlichen Vergehens zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt worden ist (§§ 32 Nr.1, 84 GVG). Trotz des Wortlautes des Gesetzes: "eines (!) vorsätzlichen Vergehens" (§ 32 Nr.1 GVG) ist jedoch bei Verurteilungen zu einer Gesamt-

---

1) Schwarz-Kleinknecht, § 19 DRiG Anm. 3

2) Schmidt-Räntsch, § 18 Anm. 4
Schwarz-Kleinknecht, § 18 DRiG Anm. 5

3) Henkel, § 31 II 2 (S. 152)
Schwarz-Kleinknecht, § 18 DRiG Anm. 5

strafe wegen mehrerer vorsätzlicher Vergehen die Höhe der Gesamtstrafe maßgebend[1]. Bei der Verurteilung zu einer Gesamtstrafe wegen eines vorsätzlichen und eines fahrlässigen Vergehens ist die Einsatzstrafe für das vorsätzliche Vergehen maßgeblich[2]. Entscheidender Zeitpunkt für die Unfähigkeit ist der Augenblick der tatsächlichen Amtsausübung, nicht der der Listenaufstellung[3]. Die Unfähigkeit endet erst mit Eintritt der Tilgungsreife des Strafvermerks im Strafregister, nicht schon dadurch, daß die zur Bewährung ausgesetzte Strafe erlassen wird[4] oder daß der Jugendrichter den Strafmakel für beseitigt erklärt[5]. Die Unfähigkeit ist von Amts wegen zu beachten; denn jeder Spruchkörper hat auf die eigene einwandfreie personelle Besetzung zu achten[6]. Ist ein Schöffe oder Geschworener unfähig zur Wahrnehmung dieses Amtes, so ist das Gericht unvorschriftsmäßig besetzt und der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr.1 StPO gegeben[7]. Wie § 338 Nr.1 StPO eindeutig beweist, ist ein Urteil, das unter Mitwirkung eines zum Schöffen- oder Geschworenendienst Unfähigen ergangen ist, nicht nichtig und unbeacht-

---

1) Eb. Schmidt: III, § 32 GVG Erl. 10
Schäfer in LR II, § 32 GVG Anm. 3 b)
Müller in KMR, § 32 GVG Anm. 2 b)

2) Eb. Schmidt: III, § 32 GVG Erl. 10
Müller in KMR, § 32 GVG Anm. 2 b)
Schorn: Der Laienrichter, S. 50

3) RG, Urt.v.13.1.1891, in RGSt 21, 291 (292)
Feisenberger, § 32 GVG Anm. 1
Eb. Schmidt: III, § 32 GVG Erl. 3
Schäfer in LR II, § 32 GVG Anm. 2
Müller in KMR, § 32 GVG Anm. 1
Schwarz-Kleinknecht, § 32 GVG Anm. 1
Schorn: Der Laienrichter, S. 51

4) Schäfer in LR II, § 32 GVG Anm. 3 b)
Eb. Schmidt: III, § 32 GVG Erl. 11

5) Schäfer in LR II, § 32 GVG Anm. 3 b)

6) Eb. Schmidt: II, § 31 Erl. 2; III, § 32 GVG Erl. 5
Kleinknecht in KMR, § 31 Anm. 1 b)

7) Eb. Schmidt: II, § 31 Erl. 2, § 338 Erl. 14
Erbs, § 338 Anm. II C

lich, sondern nur anfechtbar[1].

Abgelehnt werden können die Schöffen oder Geschworenen wegen ihrer Vorstrafen dann, wenn sich aus diesen die Besorgnis der Befangenheit ergibt (§§ 24 Abs.2, 31 Abs.1 StPO), wenn also durch die abgeurteilte Straftat des Laienrichters der jetzige Angeklagte betroffen war oder wenn die abgeurteilte Straftat das gleiche Delikt enthielt wie das dem jetzigen Angeklagten zur Last gelegte strafbare Verhalten[2].

V. Der Staatsanwalt und seine Vorstrafen

Bestimmte Vorstrafen eines Staatsanwaltes oder Bundesanwaltes machen seine Ernennung nichtig (§§ 11 Abs.2 Nr.3 BBG, 12 Abs.2 Nr.3 LBG NRW) oder führen zur Zurücknahme der Ernennung (§§ 12

---

1) Eb. Schmidt: III, § 32 GVG Erl. 5
Schäfer in LR II, Vorbem. 3 vor §§ 32-35 GVG
Müller in KMR, § 32 GVG Anm. 1
Schwarz-Kleinknecht, § 32 GVG Anm. 1
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 32 GVG Anm. 1
Dallinger-Lackner, § 35 N. 9 (S. 307)
a.A. Schorn (Der Laienrichter, S. 52), dessen Hinweis auf die Rechtsstaatsidee, der es widerspreche, ein Urteil als vollzugsfähig zu erklären, das nicht von der gerichtsverfassungsmäßig erforderlichen Richterzahl gesprochen wurde, nicht überzeugt; ebensowenig Steinbeck (in GA 76 (1932), 12ff.), der ein Gericht, das nicht die gesetzlich vorgeschriebene Besetzung hat, nicht als Gericht, sondern bestenfalls als juristische Debattiergesellschaft ansieht (aaO., S.14). Gegen die Nichtigkeit eines Urteils, bei dem ein (im Sinne des § 32 GVG) unfähiger Schöffe oder Geschworener mitgewirkt hat, spricht vor allem, daß die Amtsunfähigkeit des Laienrichters keineswegs ohne weiteres offenkundig zu sein braucht; ist z.B. ein Schöffe wegen zweier vorsätzlicher und eines fahrlässigen Vergehens zu einer Gesamtstrafe verurteilt worden, wobei die Einsatzstrafen für die vorsätzlichen Vergehen vier und drei Monate Gefängnis betragen, so fragt es sich, ob diese beiden Einsatzstrafen zusammengerechnet werden dürfen oder nur dann, wenn die aus ihnen gebildete Gesamtstrafe mutmaßlich mehr als sechs Monate (im angenommenen Beispiel sicher nicht) betragen würde.

2) vgl. Kleinknecht (in KMR, § 31 Anm. 1 c), der in einem Brandstiftungsverfahren den Laienrichter für befangen hält, gegen den selbst ein Ermittlungsverfahren wegen Brandstiftung schwebt; dieser ist jedoch nicht nur befangen, sondern unfähig zum Amte eines Schöffen (§ 32 Nr.2 GVG).

Abs.1 Nr.2 BBG, 13 Abs.1 Nr.2 LBG NRW). Die Amtshandlungen eines Staatsanwaltes werden jedoch im Falle der Nichtigkeit bis zum Verbot der Fortführung der Dienstgeschäfte[1] oder im Falle der Zurücknahme bis zur Zustellung der Erklärung der Rücknahme[2] als gültig angesehen und behandelt (§§ 14 BBG, 15 LBG NRW). Wird ein Staatsanwalt in einem ordentlichen Strafverfahren zu Zuchthaus oder wegen vorsätzlich begangener Tat zu Gefängnis von mindestens einem Jahr oder wegen vorsätzlicher hochverräterischer oder landesverräterischer Handlung[3] verurteilt oder werden ihm die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt usf., so endet das Beamtenverhältnis mit Rechtskraft des Urteils (§§ 48 BBG, 59 LBG NRW). Wirkt bei einer Hauptverhandlung ein Staatsanwalt mit, dem die Fortführung der Dienstgeschäfte untersagt[1] oder die Zurücknahme seiner Ernennung zugestellt worden ist[2] oder dessen Beamtenverhältnis infolge rechtskräftigen Urteils beendet ist[4], so ist § 226 StPO verletzt und der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr.5 StPO gegeben.

Im übrigen können Vorstrafen eines Staatsanwalts keine unmittelbare Wirkung auf das Verfahren ausüben. Die Ablehnung eines Staatsanwalts wegen etwaiger Vorstrafen ist nicht möglich, weil eine Ablehnung generell nicht vorgesehen ist[5]. Der Angeklagte kann allenfalls bei der vorgesetzten Behörde des Staatsanwalts beantragen, den vorbestraften Staatsanwalt durch einen anderen zu ersetzen[6]; er kann darüber aber nicht eine gerichtliche

---

1) §§ 13 Abs.1 BBG, 14 Abs.1 LBG NRW

2) §§ 13 Abs.2 BBG, 14 Abs.2 LBG NRW

3) Insofern enthalten § 48 Nr.3 BBG und § 59 Nr.3 LBG NRW unterschiedliche Regelungen.

4) §§ 48 BBG, 59 LBG NRW

5) Eb. Schmidt: II, Vorbem. 3 vor § 22
Dünnebier in LR, Vorbem. 3 b) vor § 22
Kleinknecht in KMR, Vorbem. 3 vor § 22
Schwarz-Kleinknecht, Vorbem. 1 B vor § 22
vgl. aber auch Kern (Gerichtsverfassungsrecht, § 31 B I 2 a, S. 223), der hier für eine Gleichbehandlung der Staatsanwälte und Richter eintritt.

6) Kleinknecht in KMR, Vorbem. 3 vor § 22

Entscheidung herbeiführen[1] oder auf die Mitwirkung eines befangenen vorbestraften Staatsanwaltes ein Rechtsmittel stützen[2].

VI. Der Privatkläger und seine Vorstrafen

Wenn Dürwanger[3] schreibt, bei der Erhebung der Personalangaben des Privatklägers, die nicht notwendig, aber zweckmäßig sei, könne unbedenklich nach den Vorstrafen gefragt werden, so kann dem nicht zugestimmt werden. Vor der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses dürfen Vorstrafen des Privatklägers weder festgestellt noch erörtert werden[4], mögen sie auch mitunter für die Streitmotive sehr aufschlußreich sein[5]. Erst im Rahmen der Beweisaufnahme kann die Feststellung von Vorstrafen des Privatklägers erforderlich sein, wenn der Privatbeklagte ein sog. Vorstrafendelikt begangen haben soll[6], wenn also die Ermittlung der Vorstrafen zur Feststellung des Sachverhalts notwendig ist. Ferner können Vorstrafen des Privatklägers bedeutungsvoll sein zur Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit. Der Privatkläger kann zwar nicht als Zeuge vernommen werden[7]; seine Aussage kann aber, wenn sie als glaubwürdig festgestellt worden ist, im Wege der freien Beweiswürdigung als Beweismittel verwendet[8] und

---

1) Eb. Schmidt: II, Vorbem. 3 vor § 22

2) Dünnebier in LR, Vorbem. 3 b) vor § 22
Eb. Schmidt: II, Vorbem. 3 vor § 22
Kleinknecht in KMR, Vorbem. 3 vor § 22

3) S. 280

4) vgl. oben S. 65

5) so Dürwanger, S. 280

6) vgl. die ähnliche Situation beim Zeugen (oben S. 114f.)

7) so die durchaus herrschende Meinung; siehe statt aller
Peters: Strafprozeß, § 42 II 2 (S. 267) und
Eb. Schmidt: II, Vorbem. 6 vor § 48
a.A. nur M. Lorenz (in JR 1950, 109), der u.a. auf die mit seiner Auffassung übereinstimmende österreichische und italienische Regelung hinweist.

8) BayObLG, Urt.v.10.2.1953, in MDR 1953, 377
OLG Hamm, Urt.v.25.7.1955, in DRpfl 1956, 240
Peters: Strafprozeß, § 65 I 4 c) (S. 466)

(Fortsetzung der Fußnote auf S. 146)

muß vom Gericht bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden (§§ 384 Abs.1, 261 StPO)[1]. Da den Privatkläger jedoch keine Aussagepflicht trifft, sollten zum Zwecke der Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit gegen seinen Willen etwaige Vorstrafen nicht ermittelt werden mit der Folge allerdings, daß seine Anhörung nicht als Beweismittel Verwendung finden kann.

VII. Der Nebenkläger und seine Vorstrafen

Die prozessuale Stellung des Nebenklägers entspricht in den Rechten der des Privatklägers[2]. Der private Nebenkläger kann aber auch als Zeuge vernommen werden[3]. Insofern gilt für die Feststellung seiner Vorstrafen das gleiche wie beim Zeugen[4].

Eb. Schmidt: II, § 384 Erl.6 Seibert in MDR 1952, 278
Sarstedt in LR(20), § 384 Anm.6 Müller in KMR, § 384 Anm.5
Schwarz-Kleinknecht, § 384 Anm.2 Dürwanger, S. 285
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 387 Anm. 3
a.A. anscheinend Kern: Strafverfahrensrecht, § 64 B IV 4 (S. 244)

1) BayObLG, Urt.v.10.2.1953, in MDR 1953, 377
Kleinknecht in KMR, Vorbem. 4 e) vor § 48
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 387 Anm. 3

2) Peters: Strafprozeß, § 66 I 2 (S. 472)
Sarstedt in LR(20), § 397 Anm.4 Eb. Schmidt: II, § 397 Erl.3
Schwarz-Kleinknecht, § 397 Anm.1 Müller in KMR, § 397 Anm.2a)

3) RG, Urt.v.25.10.1880, in RGSt 2, 384 (388)
BGH, Urt.v.22.8.1952, in LM § 396 StPO Nr. 1
Peters: Strafprozeß, § 42 II 2 (S. 267f.) mit ausführlicher Begründung; ferner
Sarstedt in LR(20), § 397 Anm. 6
Kleinknecht in KMR, Vorbem. 4 e) vor § 48
Müller in KMR, Vorbem. 5 vor § 395
Schwarz-Kleinknecht, Vorbem. 4 vor § 48, Vorbem. 5 vor § 395
Fuhrmann in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 395 Anm.1, § 397 Anm.2
Erbs, § 48 Anm. IV
Feisenberger, Vorbem. 2 d) vor § 48
Gerland: Strafprozeß, § 64 I 2 b) (S. 196)
Schretzmeier, S. 33
Schorn: Der Strafrichter, S. 267
a.A. Beling, § 60 II 2 (S. 295)
Henkel, § 58 V (S. 254)
Kern: Strafverfahrensrecht, § 65 A III (S. 246)
Eb.Schmidt: II, Vorbem. 6 vor § 48

4) siehe oben S. 105ff.

Zusammenfassung

Vorstrafen bzw. die ihnen zugrunde liegenden Straftaten können in verschiedenerlei Art sich auf ein neues Strafverfahren auswirken, teils materiell bei den Rückfalldelikten, den sog. Vorstrafendelikten (z.B. Anstellungsbetrug durch Verschweigen der Vorstrafen), im Rahmen der §§ 20a Abs.1, 23 StGB, bei der Strafzumessung und bei der Frage der Anordnung von Maßregeln der Sicherung und Besserung, teils prozessual als Prozeßhindernis, als Indiz zur Überführung des Angeklagten, soweit die gleiche Methode erkennbar ist, als entlastende Beweistatsache (§ 190 StGB), als Indiz zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit und schließlich als Vereidigungsverbot (§ 60 Nr.2 u. 3 StPO).
Die Erörterung von Vorstrafen in der Hauptverhandlung ist immer auch unter dem Gesichtspunkt der Rehabilitation zu sehen, die vor allem im Straftilgungsgesetz ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hat und deren Ziel und Zweck es ist, die Wiedereingliederung des Vorbestraften in die Gesellschaft zu ermöglichen und zu gewährleisten.
Vorstrafen des Angeklagten dürfen nur festgestellt werden, soweit sie für die Entscheidung von Bedeutung sind (§ 243 Abs.4 S.2 StPO/StPÄG). Die Feststellung getilgter bzw. tilgungsreifer Vorstrafen des Angeklagten ist nur zulässig, wenn diese Inhalt eines Vorstrafendeliktes sind oder dieselbe Tat betreffen; bei der Strafzumessung dagegen dürfen getilgte Vorstrafen nicht verwertet werden. Nichtregisterpflichtige Vorstrafen, die nicht oder nicht mehr in der Verkehrssünderkartei eingetragen sind, sind wie getilgte Vorstrafen zu behandeln.
Vorstrafen des Angeklagten sollen möglichst am Ende der Beweisaufnahme, frühestens zu deren Beginn ermittelt werden. Getilgte Vorstrafen dürfen in der Hauptverhandlung nur festgestellt werden, wenn das Gericht eine Anordnung gemäß § 4 Abs.4 S.3 StTilgG erlassen hat. Hat das Gericht einen derartigen Beschluß gefaßt, kann es auch auf die noch nicht vernichteten Vorstrafenakten zurückgreifen oder bei Beamten auf die Personalakten, aus denen jedoch grundsätzlich Vorgänge über getilgte Vorstrafen zu ent-

fernen sind.
Der vorbestrafte Angeklagte kann den Richter, der eine Vorstrafe gegen ihn verhängt hat, in der Regel nicht ablehnen; er kann es jedoch dann, wenn der Vorverurteilung nahezu der gleiche Sachverhalt zugrunde lag; war der Richter im Vorprozeß kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 22 Nr.1 StPO), so ist eine Ablehnung ebenfalls berechtigt. Widerspricht der Angeklagte einem vom Staatsanwalt gestellten Beweisantrag zur Feststellung der Vorstrafen, so hat das Gericht in jedem Falle seine Entscheidung zu begründen. Für die Erörterung der Vorstrafen in der Hauptverhandlung kann der Angeklagte den Ausschluß der Öffentlichkeit beantragen gemäß Art.6 Abs.1 S.2, 5.Alt. u. 6.Alt. MRK, die unmittelbar geltendes Recht sind und sich als Erweiterung der §§ 169ff. GVG darstellen. Diesem Antrag hat das Gericht immer zu entsprechen, wenn getilgte Vorstrafen erörtert werden sollen, in der Regel auch dann, wenn die Vorstrafen der beschränkten Auskunft unterliegen, im übrigen nur bei Vorliegen besonderer Umstände. Ist die Öffentlichkeit in unzulässiger Weise nicht ausgeschlossen worden oder war die Verhandlung trotz des Ausschließungsbeschlusses öffentlich, so kann darauf die Revision gestützt werden. Die Revision sollte ferner auch dann zugelassen werden, wenn der Vorsitzende unzulässige Maßnahmen bei der Vorstrafenerörterung getroffen hat oder wenn unzulässige Fragen (z.B. nach getilgten Vorstrafen) gestellt worden sind, der Angeklagte dies aber nicht sogleich beanstandet hat.
Bei der Erörterung von Vorstrafen des Zeugen ist § 68a Abs.2 StPO zu beachten; danach ist eine Erörterung nur zulässig, wenn sie zur Feststellung eines Vereidigungsverbotes aus § 60 Nr.2 oder Nr.3 StPO oder zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit notwendig ist; darüber hinaus ist gemäß §§ 244 Abs.2, 69, 68a Abs.1 StPO die Feststellung dann zulässig, wenn dies bei Vorstrafendelikten zur Erforschung des Sachverhalts erforderlich und unerläßlich ist. Zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen sind nur solche Vorstrafen geeignet, aus deren Art sich allgemein Bedenken gegen die Wahrheitsliebe des vorbestraften Zeugen ergeben (z.B. § 154 StGB) oder die im besonderen Falle eine sach-

liche oder persönliche Befangenheit des Zeugen im neuen Strafverfahren erkennen lassen. Der Zeuge darf deshalb nicht allgemein, sondern nur nach einzelnen, bestimmten Vorstrafen gefragt werden. Getilgte Vorstrafen eines Zeugen dürfen ausnahmsweise festgestellt werden: erstens, wenn sie unmittelbar das Vereidigungsverbot des § 60 Nr.3 StPO begründen; zweitens, wenn sie infolge der aus ihnen erkennbaren persönlichen Befangenheit imstande sind, die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu erschüttern, und drittens, wenn sie den Gegenstand eines Vorstrafendeliktes des Angeklagten bilden und ihre Aufklärung zu dessen Verurteilung erforderlich ist. Soweit Vorstrafen eines Zeugen nur für § 60 Nr.2 oder Nr.3 StPO beachtlich sind, sollen sie erst am Schlusse der Vernehmung festgestellt werden. Fragen, die gemäß § 68a StPO nicht gestellt werden sollen oder die in eine verletzende Form gekleidet sind, sind vom Vorsitzenden gemäß §§ 241 Abs.2, 240 Abs.2 StPO als ungeeignet zurückzuweisen.

Der Zeuge hat bei der Erörterung seiner Vorstrafen das Recht, eine unzulässige Sachleitungsmaßnahme des Vorsitzenden gemäß § 238 Abs.2 StPO oder eine unzulässige Frage gemäß § 242 StPO zu beanstanden. Er kann auch den Ausschluß der Öffentlichkeit gemäß Art.6 Abs.1 S.2, 6.Alt. MRK oder gemäß § 172 GVG in Verbindung mit Art.1 Abs.1, 2 Abs.1 GG, Art.8 MRK beantragen; diesem Antrag hat das Gericht zu entsprechen, wenn die Vorstrafen getilgt sind, im allgemeinen auch dann, wenn sie der beschränkten Auskunft unterliegen oder wenn besondere Nachteile durch die Erörterung in öffentlicher Verhandlung für den Zeugen zu erwarten sind. Gegen die Gerichtsbeschlüsse bei der Vorstrafenerörterung (z.B. §§ 238 Abs.2, 242 StPO) kann der Zeuge unmittelbar das Rechtsmittel der Beschwerde einlegen; der Vorsitzende muß dem Zeugen die Möglichkeit geben, die Beschwerde durch Erklärung zum Sitzungsprotokoll einlegen zu können.

Vorstrafen eines Sachverständigen können von Bedeutung sein für die Frage seiner Vereidigung oder Ablehnung.

Vorstrafen der Berufsrichter oder des Staatsanwalts sind beachtlich, wenn durch sie das Dienstverhältnis beendigt ist. Dies ergibt den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr.1 bzw. Nr.5 StPO,

der ebenfalls gegeben ist, wenn ein Laienrichter wegen eines Verbrechens oder eines vorsätzlichen Vergehens mit einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten vorbestraft ist (§§ 32 Nr.1, 84 GVG).

Vorstrafen des Privat- oder Nebenklägers schließlich kommen besonders unter dem Gesichtspunkt der Beurteilung ihrer Glaubwürdigkeit in Betracht.

Lebenslauf

Am 10. Februar 1937 wurde ich in Münster (Westf.) geboren. Meine Eltern sind der Oberstudienrat i.R. Dr. Ludwig Humborg und seine Ehefrau Hildegard geb. Dieckmann. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 28. Februar 1956 legte ich am humanistischen Gymnasium Paulinum in Münster die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich in Münster und zwei Semester (1956/57) in München Rechtswissenschaft.

Am 18. Juni 1960 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm (Westf.) die erste juristische Staatsprüfung. Ich bin im juristischen Vorbereitungsdienst.